

Essai

sur

La portée de la clause de jugement en équité en droit des gens

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 13 décembre 1937, à 14 heures

PAR

GEORGES BERLIA

Diplômé de l'Institut
des Hautes Études internationales de Paris

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Georges SCELLE, professeur

Suffragants { M. BASDEVANT, professeur ;
 { M. SIBERT, professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, Paris (5^e)

1937



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552225_0056

ESSAI
SUR LA
PORTÉE DE LA CLAUSE DE JUGEMENT
EN ÉQUITÉ
EN DROIT DES GENS

Essai

sur

**La portée de la clause de jugement en équité
en droit des gens**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 13 décembre 1937, à 14 heures

PAR

GEORGES BERLIA

Diplômé de l'Institut
des Hautes Études internationales de Paris

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Georges SCELLE, professeur

Suffragants { M. BASDEVANT, professeur ;
 { M. SIBERT, professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, Paris (5^e)

1937

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



INTRODUCTION GÉNÉRALE

SECTION PREMIÈRE

MÉTHODE ADOPTÉE DANS CET OUVRAGE

A première vue, le titre de ce travail éveillera, sans nul doute, le scepticisme du lecteur. S'il est vrai que l'équité est une notion « qui hante le droit depuis ses origines » (1), il n'en est que plus saisissant, en effet, de constater qu'elle a toujours échappé à l'emprise des définitions précises et objectives. Chacun s'accorde à reconnaître que l'équité est l'application à une espèce particulière de la conception générale que, à un moment donné et dans un certain état de civilisation, les hommes se font de la justice. De cette affirmation on peut déduire qu'il est de la nature même de l'équité de varier avec le temps, avec les mœurs, avec les sociétés, avec les individus (2). Cependant, quel

(1) DE PAGE cité par DESSENS. — *Essai sur la notion d'équité*, page 5.

(2) On peut dire de l'équité ce que M. MAURY écrit de la justice : « Etant sentiment plus qu'idée, étant une notion à base de foi, toute tentative pour la définir est vouée à un échec certain... » (*Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, tome I^{er}, p. 2). L'étude de M. RÜMELIN : *Die Billigkeit im Recht*, n'en est que la démonstration constante bien qu'involontaire. M. DESSENS (*op. cit.*) s'élève contre le « quietisme sentimental » qu'engendre l'affirmation de l'insaisissabilité de l'équité. Il distingue le sentiment de justice et d'équité et la notion d'équité dont il recherche les éléments. Or, au terme d'une étude qu'alimentent de fortes analyses philosophiques et juridiques de droit interne et de droit international, l'auteur

que puisse être le danger que dénoncent et qu'éclaircissent ces constatations, nous croyons que si, au terme de la lecture, le scepticisme du début n'est pas, pour le moins, fortement ébranlé, il conviendra d'en accuser la maladresse de l'ouvrier et non la matière sur laquelle il a œuvré. Une telle confiance n'a pas d'autre source que l'objet même de cette étude et, plus exactement, la méthode selon laquelle nous l'avons poursuivie.

Le but de la première section de notre introduction est d'exposer cette méthode. Cette dernière implique, au préalable, comme on s'en doute, une comparaison entre elle et plusieurs autres également possibles. En retraçant les raisons qui ont dirigé notre choix, et qui l'expliquent, nous espérons provoquer, plus aisément et plus justement, l'adhésion à notre conclusion sur ce premier point. Nous indiquerons donc d'abord les méthodes que nous avons écartées, puis celle que nous avons adoptée, c'est-à-dire que nous exposerons, en premier lieu, ce que nous aurions pu tenter de faire afin de mieux préciser, ensuite, ce que nous avons voulu faire.

Nous aurions pu nous attacher soit à une étude de la notion d'équité, soit à une recherche sur le rôle de l'équité dans le droit des gens.

L'étude de la notion d'équité pouvait se baser sur un examen minutieux de la jurisprudence et, par là, partir d'un fondement solide. Mais notre entreprise se serait révélée vaine dès que nous aurions essayé l'effort de systématisation nécessaire sans lequel il n'était pas de conclusion possible. Nous l'avons déjà dit : on ne définit pas l'équité, fût-ce approximativement. Lorsqu'on écrit (1) : « Il serait tout de même étrange qu'à quarante siècles de distance les mêmes principes

lui-même ne croit pouvoir nous présenter qu'une équité résultant des composantes qui seraient les unes objectives et permanentes, les autres contingentes. A l'incertitude qui résulte des secondes s'ajoute le dosage des deux groupes qui est, pour M. DESSENS, l'élément essentiellement onduoyant de la notion.

(1) DESSENS. — *Op. cit.*, p. 243.

de justice reparaissent inscrits dans nos codes comme dans celui d'Hammourabi, s'il n'y avait pas une permanence telle de ces principes qu'on puisse conclure à leur objectivité... », c'est qu'on oublie que l'histoire des mots n'est pas celle des concepts qu'ils ont pu recouvrir et traduire d'une manière toute provisoire et occasionnelle. La permanence des uns ne fait, ici comme en bien d'autres occasions, que voiler la mouvance et, partant, la diversité des autres.

Des recherches ont été déjà faites sur le rôle de l'équité en droit des gens. C'est cette seconde méthode qui a inspiré le passage consacré à la matière dans le *Précis de Droit International* du professeur LOUIS LE FUR (1), un article de M. Mouskeli (2) et, tout récemment encore, certaines délibérations de l'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (3). Nous n'aurions pu sur ce point que répéter ou déformer des conclusions désormais acquises.

C'est donc dans une troisième et toute autre direction que nous avons porté notre effort. Cela transparaît, pour une part, dans notre titre : il s'agit d'une étude relative à la clause de jugement en équité et non à l'équité proprement dite. Si nous n'avions pas craint un intitulé quelque peu

(1) LOUIS LE FUR. — *Précis de droit international public*, n° 862 et suivants, p. 474 et suivantes.

(2) *R. G. D. I. P.*, 1933, p. 347 et suivantes.

(3) Durant sa dernière session d'août-septembre 1937, l'INSTITUT vota la résolution suivante relative au rôle de l'équité :

« L'Institut, ayant procédé à l'examen, au point de vue doctrinal, et sans s'attacher à l'interprétation des textes conventionnels en vigueur en la matière, du rôle de l'équité dans l'œuvre du juge international,

« Emet l'avis :

« 1° Que l'équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et que le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit ;

« 2° Que le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre une sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin. »

hermétique et prétentieux, nous eussions volontiers opté pour le suivant : Essai sur la portée de la clause de jugement en équité dans le cadre institutionnel.

Une étude conduite du point de vue institutionnel suppose que nous croyons que la société internationale doit donner satisfaction à des besoins de la même nature que ceux qu'implique et que discipline, en droit interne, l'organisation fonctionnelle tripartite fondée sur la distinction des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Nous croyons, en effet, qu'il en est ainsi et que la théorie biologique du droit est dans le vrai lorsqu'elle affirme que des règles existent qui sont nécessairement le fait de tout groupement social quelles que soient son origine, sa composition et son ampleur (1). La discussion peut renaître, éternelle, lorsqu'il s'agit de faire le départ exact entre les règles que l'on doit considérer comme faisant partie de ce minimum vital, permanent et universel, et celles qui doivent être tenues comme en étant exclues. L'affirmation que des règles de cette sorte existent n'en reste pas moins acceptable dans son principe. En outre, s'il en est une dont la présentation comme telle ne soulèvera pas de contestation, c'est bien celle suivant laquelle toute société assure, avec des modalités diverses, parfois confuses et anarchiques, d'une part, l'adaptation du droit aux circonstances nouvelles et, d'autre part, le contrôle de la conformité des situations acquises par rapport au droit existant ; c'est, tout particulièrement, celle qui affirme qu'il existe une orthodoxie juridictionnelle toujours valable, suivant laquelle le juge est celui qui tranche les différends des parties sur la base du respect du droit.

C'est par rapport à cette orthodoxie juridictionnelle et en partant de cette définition du juge que nous avons étudié la clause de jugement en équité.

Dès lors, le problème que nous avons voulu résoudre nous paraît mis en pleine lumière : la

(1) GEORGES SCHELLE. — *Précis de Droit des Gens*, t. II, p. 7.
SCHINDLER. — *Cours*, 1928, tome V, p. 268.

clause de jugement en équité laisse-t-elle à l'acte du juge sa nature traditionnelle et fonctionnelle ou constitue-t-elle un ersatz par lequel une solution, empirique et provisoire, est donnée à des questions qui ne relèvent pas normalement de l'ordre judiciaire ?

Ainsi est caractérisé notre ouvrage : on n'y trouvera ni une définition, ni une construction de l'équité. Cette étude n'est, à aucun degré, un essai de philosophie du droit ; c'est un travail de technique juridique et, pour être plus précis, un travail de technique juridique dans le cadre et du point de vue institutionnel.

SECTION DEUXIÈME

PLAN SUIVI DANS CET OUVRAGE

Nous avons réuni, dans une première partie, tout ce qui constitue ce que l'on pourrait appeler les matériaux de notre étude. Le premier chapitre est relatif à la jurisprudence et concerne les affaires à propos desquelles le juge a analysé, au cours de sa sentence, le retentissement, effectif ou simplement possible, de la clause de jugement en équité sur l'acte juridictionnel entendu tel qu'il l'est normalement et que nous venons de le préciser. Par ailleurs, nous avons rassemblé dans une annexe, que l'on trouvera après notre conclusion générale, d'assez nombreuses affaires dont on ne peut tirer, dans quelque sens que ce soit, un enseignement quelconque. Dans certaines, l'arbitre a fait allusion, mais d'une manière par trop imprécise, à l'équité, soit qu'une clause de ce genre figure au compromis, soit qu'elle en soit absente. Dans d'autres, l'arbitre paraît avoir agi sans aucun souci de la clause de jugement en équité qui se trouve, pourtant, dans le compromis. Nous espérons, par cette annexe, avoir accru l'autorité de notre exposé jurisprudentiel sans l'alourdir. Le second chapitre de cette première partie est un examen de la clause de jugement en équité dans les divers traités d'arbitrage. La clause y apparaît intimement liée à la notion et même à l'expression de conflit politique. Il convenait, par suite, de résoudre les questions qu'implique cette sorte de différend.

C'est là le but de notre seconde partie où, dans un premier chapitre, nous précisons la conception du conflit politique qu'il sied d'accepter et où, dans le deuxième, sont examinées les difficultés que pose la soumission au juge de litiges de cette sorte.

Nous constatons alors que la justiciabilité du conflit politique pose des problèmes que certains droits internes ont essayé de résoudre et qui ont tenté la doctrine de droit international.

Notre troisième partie vise donc à tirer tous les enseignements possibles des expériences internes et des constructions doctrinales de droit des gens qui ont, les unes et les autres, en la matière, une même valeur indicative. Le premier chapitre est consacré aux droits internes et le second aux propositions des internationalistes.

Enfin, en terminant, nous tirons de cet ensemble les conclusions qui nous paraissent légitimes.

PREMIÈRE PARTIE

Les clauses de jugement en équité dans le droit des gens

INTRODUCTION

UNITE DES DIVERSES CLAUSES DE JUGEMENT EN EQUITÉ ETUDIÉES

La sorte d'exposé des faits que constitue cette première partie comporte, d'abord, l'examen de la jurisprudence, puis celui des traités d'arbitrage. Cette distinction n'est pas une opposition et n'a d'autre motif que les nécessités et les commodités d'une exposition qui voudrait être ordonnée.

D'ailleurs, avant de donner quelques précisions concernant successivement l'un et l'autre de ces deux chapitres, il convient de résoudre un problème qui nous rappellerait, s'il en était besoin, l'unité de notre étude.

La diversité de rédaction des clauses de jugement en équité apparaîtra, en effet, dans l'un et l'autre cas. Il importe de rechercher si cette diversité dans la rédaction implique une diversité dans la mission dévolue au juge par les clauses ou si elle n'atteint en rien l'unité et la permanence de cette mission.

Deux rédactions de la clause doivent être particulièrement étudiées à ce point de vue. La première est celle dite des protocoles vénézuéliens ; la seconde est celle qui demande au juge de se prononcer *ex æquo et bono*.

Selon la première formule, l'arbitre doit se prononcer « *sur la base de l'équité absolue sans tenir compte des objections d'une nature technique ou des règles de la législation locale* » (1).

Une telle précision dans les termes peut faire craindre, au premier abord, que l'on se trouve en présence d'une clause très spécialisée et à but limité. — Il n'en est rien, cependant, comme l'établissent et l'interprétation donnée par les arbitres et les circonstances historiques qui ont entouré la signature de ces protocoles.

Les arbitres déclarent, en effet, qu'ils écarteront les objections d'une nature technique et les règles de la législation locale dans la mesure où les unes et les autres seront contraires à l'équité (2). S'il y a conformité, ils précisent qu'ils les appliqueront. C'est là l'attitude prise par eux, du moins par la plupart, à l'égard de toute règle de droit et sans qu'il ait été porté attention au fait que la règle était ou non expressément visée dans la rédaction de la clause.

C'est bien là la preuve que ce qui importe dans la clause c'est l'équité en général, puisque c'est elle qui décidera de l'application ou de la non application, soit des règles de la législation locale ou d'une nature technique, soit, du moins dans la généralité des cas, d'une règle quelconque. Seule, en effet, une attitude particulière à l'égard des règles visées dans le libellé de la clause aurait pu justifier l'affirmation que l'on se trouvait en présence d'une clause spéciale.

Les circonstances mêmes viennent appuyer et légitimer cette interprétation. Les Etats-Unis du Venezuela, comme d'autres Etats du Centre et du

(1) Les textes disent : « ... *Absolute equity without regard to objections of a technical nature or of the provisions of local legislation* ». — Voir : *Venezuelan Arbitrations of 1903*. — Protocole anglo-vénézuélien, p. 294 et 295. — Protocole italo-vénézuélien, p. 645 et 646. — Protocole hispano-vénézuélien, p. 917.

(2) C'est ce que déclarent, par exemple, l'arbitre Ralston pour les règles de la législation locale dans l'affaire *Brignogne* (*Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 719) et aussi l'arbitre Gutierrez Otero dans l'affaire *Padron* pour les objections d'une nature technique et les règles de la législation locale. (*Idem*, p. 924 et 926.)

Sud de l'Amérique, utilisaient diverses pratiques destinées à amenuiser leur responsabilité internationale.

C'est ainsi qu'en appliquant les règles de l'épuisement préalable des recours internes et en laissant le procès pendant devant leur Cour suprême ils pouvaient retarder indéfiniment le règlement d'une réclamation.

C'est ainsi, encore, que, par le jeu de la clause Calvo, déclarant, par avance, que les difficultés naissant, par exemple, de tel contrat passé avec un étranger, ne pourraient jamais donner lieu à une réclamation internationale, ils éloignaient toute possibilité efficace de règlement.

Ce sont ces pratiques, et d'autres similaires, légitimement prévisibles, étant donné l'un des co-signataires, que visent, expressément et pour plus de sûreté, les expressions « *objections de nature technique* » et « *règles de législation locale* ».

Il est donc bien établi, et par ces faits et par l'interprétation arbitrale de la clause, que ces expressions ne constituent que des précisions énonciatives et, en aucune mesure, une limitation ou une définition particulière de la clause.

La clause de jugement en équité demande, parfois, une sentence prononcée « *ex æquo et bono* ». C'est là une seconde rédaction qu'il convient, maintenant, d'examiner.

Certains auteurs ont, en effet, prétendu qu'une telle rédaction impliquait que les parties avaient voulu déborder les cadres de la clause d'équité ordinaire. — Hunt, par exemple, distingue, pour les opposer, la clause qui prévoit un jugement « *selon les principes de justice et d'équité* » et la clause qui demande que la sentence soit rendue « *ex æquo et bono* » (1). Ce dernier libellé supposerait une décision conforme à la conscience incontrôlée et incontrôlable du juge. Le premier tendrait à obtenir la solution, par référence aux principes reconnus de justice, de litiges nouveaux en jurisprudence. De même, le professeur Lauter-

(1) HUNT. — *American and Panamanian general claims arbitration*, p. 83.

pacht croit devoir distinguer un jugement *ex æquo et bono* et un jugement *sur la base de l'équité* (1). Ce dernier ne permettait pas une décision qui ne soit pas conforme au droit, tandis que le premier donnerait au Tribunal un pouvoir législatif.

Il semble bien que l'on ne puisse accorder à des affirmations aussi tranchées et aussi générales une créance quelconque. En effet, la doctrine, tout d'abord, est loin d'être unanime sur ce point et la jurisprudence, dont l'attitude est, ici encore, essentielle, ne vient justifier à aucun degré une semblable opposition.

M. Habicht, par exemple, rapproche, dans son étude sur l'équité, le jugement « *ex æquo et bono* » de la Cour Permanente de Justice Internationale et la sentence « *selon les principes du droit et de l'équité* », intervenue à propos de l'affaire des réclamations norvégiennes contre les Etats-Unis d'Amérique du Nord pour des réquisitions faites durant la dernière grande guerre. Il note, en rappelant l'opinion de Lammasch, que l'opinion suivant laquelle la clause de jugement « *ex æquo et bono* » serait différente, dans son but, des autres clauses de jugement en équité n'a pas été toujours partagée (2).

De plus, l'examen portant sur les compromis et les conventions d'arbitrage et sur les sentences des arbitres en la matière ne révèle pas un tel souci de distinction et d'opposition, soit chez les litigants, soit chez les juges.

Une semblable étude n'amène celui qui la poursuit qu'à une seule remarque : il existe une certaine tendance à réserver, dans les compromis

(1) LAUTERPACHT. — *The function of law in the international community*, p. 313 et 314. — Dans *Private law sources and analogies of international law* (p. 66), le même auteur appuie cette affirmation sur un passage de la sentence intervenue dans l'affaire *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company*, que nous étudions *infra*. — L'opinion de l'auteur ne se trouve ni dans le passage cité ni dans aucun autre de la sentence. — J. C. WITENBERG, dans *L'Organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales* (p. 341), semble accepter une distinction, d'ailleurs très légère, entre la clause *ex æquo et bono* et la clause en équité proprement dite.

(2) *Cours*, 1934, tome III, p. 341. — Voir aussi STRUPP, qui ne fait aucune remarque sur ce sujet. *Cours*, tome XXXV, p. 357.

d'arbitrage, l'expression « *ex æquo et bono* » pour l'évaluation en équité des dommages et intérêts. Ce n'est là qu'une tendance à propos de laquelle on pourrait donner plus d'un exemple contraire, que méconnaissent totalement, par ailleurs, les traités d'arbitrage d'après guerre et qui, enfin, ne préjugerait en rien du fond de la question.

Ainsi, à travers la diversité des libellés des diverses clauses de jugement en équité qui seront examinées au cours de ce travail, transparait, dès maintenant, la notion d'une clause d'équité ayant son unité.

Il convient maintenant de faire quelques dernières observations préalables, les premières concernant notre exposé jurisprudentiel, les secondes les traités d'arbitrage examinés.

Les affaires citées n'ont point été étudiées exhaustivement, mais, comme on s'en doute, du seul point de vue du rôle que l'équité y a joué.

En outre, et c'est là une remarque essentielle pour que ne soient pas faussées les perspectives que donne, sur ce sujet, la jurisprudence, on devra se rappeler que nous ne citons, dans ce premier chapitre, que les affaires où le juge a invoqué, dans un sens ou dans un autre, la clause que nous étudions. Or, dans la grande majorité des cas où existe cette clause, l'arbitre s'est conduit comme si elle n'existait pas. C'est là un fait qu'il importera de se rappeler constamment.

D'ailleurs, pour plus de sûreté et pour essayer d'accroître l'autorité de notre exposé jurisprudentiel, nous avons, dans une annexe (1), dressé la liste approximative des affaires dont nous avons pu avoir connaissance et qui risquaient de présenter au moins une apparence d'intérêt pour notre étude sans qu'elles nous permettent, cependant, des conclusions certaines.

(1) Voir : Annexe, *infra*, après notre conclusion générale. Un bref commentaire y accompagne chaque affaire et explique pourquoi cette dernière ne figure point dans notre exposé jurisprudentiel.

Enfin, il importe de ne point omettre une dernière remarque : le classement suivant lequel sont présentés les traités d'arbitrage n'a pas d'autre motif qu'un souci de simplification et d'ordre. Il ne préjuge en rien des problèmes que nous aurons à examiner (1).

On voit, par ces précisions, combien nous avons été dominés par le souci de donner à cette première partie, dans toute la mesure du possible, un caractère strictement descriptif (2).

(1) Les affaires citées et les traités sont, par ailleurs, présentés suivant leur ordre chronologique. Pour la jurisprudence la date prise en considération est celle du compromis d'arbitrage.

(2) Il n'est peut-être pas inutile d'indiquer que, notamment dans l'examen de l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. et de l'article 28 de l'Acte Général de Genève, nous avons eu recours aux travaux préparatoires sans rechercher si les dispositions analysées étaient claires ou non.

CHAPITRE PREMIER

LA JURISPRUDENCE

SECTION PREMIÈRE

AFFAIRE ELDEREDGE (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

Cette affaire opposait les Etats-Unis et le Pérou. Le sieur Elderedge, citoyen des Etats-Unis, réclamait au gouvernement du Pérou une première somme de 9.000 soles pour fournitures à l'armée péruvienne et une seconde somme de 2.250 soles, en vertu d'une lettre de change tirée en 1825 par le ministre des finances du Pérou, sur l'emprunt britannique, à l'ordre du colonel Aldao. Cette lettre de change avait été cédée, plus tard, au sieur Elderedge par le capitaine Beteta, agent du colonel Aldao.

Seule nous intéresse la seconde réclamation, basée sur la lettre de change.

(1) LA PRADELLE et POLITIS. — *Recueil*, tome II, p. 264. — Encore, *Arbitrations*, de MOORE, tome IV, p. 3.460.

§ II. — *La clause de jugement en équité.*

L'affaire fut soumise à l'arbitrage de la Commission mixte de Lima en vertu de la Convention du 12 janvier 1863 (1).

La clause de jugement en équité de cette convention figure dans son article 3.

Il résulte de cet article que les commissaires et l'arbitre ou le surarbitre devaient faire le serment d'examiner chacune des affaires qui leur seraient soumises « *conformément aux principes de justice et d'équité, aux principes du droit international et aux clauses des traités* »...

§ III. — *Le Procès.*

La thèse de l'agent péruvien était la suivante : En décembre 1826, le colonel Aldao avait faussement affirmé au gouvernement péruvien avoir perdu la lettre de change. Le gouvernement, ayant confiance dans cette déclaration, payait au colonel Aldao la plus grande partie de la somme due et reconnaissait devoir le reliquat.

Apprenant plus tard que le titre de paiement était toujours en circulation, l'Etat péruvien annonça publiquement que ce titre était sans valeur et qu'aucun paiement ne serait effectué sur sa présentation.

Or, neuf mois après ce dernier fait, Elderedge acquérait la lettre de change. Mais, et c'était là le fait essentiel, l'acquisition n'avait pas lieu normalement, c'est-à-dire en vertu d'un endossement du colonel Aldao. Elle avait lieu par un transfert sans forme portant la seule signature du capitaine Beteta, agent du précédent. En outre, elle s'effectuait pour le quart de sa valeur nominale, et ce fait était présenté comme établissant le caractère aléatoire qu'avait l'opération dans l'esprit même des vendeurs et de l'acheteur.

Les commissaires américains répondirent que l'avis de non paiement publié par le gouverne-

(1) LA PRADELLE et POLITIS, — *Recueil*, tome II, p. 252.

ment péruvien n'était pas entièrement conforme à la réalité, notamment dans l'indication qu'il donnait du montant de la lettre de change.

Si cette dernière avait été acquise pour le quart de sa valeur nominale c'est parce que tous les billets émis par le gouvernement péruvien étaient, à cette époque, en baisse.

Enfin, et plus généralement, la valeur acquise d'Aldao par Elderedge l'avait été, par ce dernier, *bona fide*.

Les divers commissaire n'ayant pu se mettre d'accord, l'affaire fut soumise au surarbitre : le général colombien Pedro Alcantara Herran.

§ IV. — *La Sentence.*

Le surarbitre, à propos de la validité de la réclamation fondée sur le titre Aldao, statua comme suit (1) :

« Il n'est pas dénié que la lettre de change d'Aldao ne soulevait à l'origine aucune objection ; « son transfert à Elderedge, bien qu'exempt de formes, est valable, et la demande est fondée. »

Ce n'est ni dans les « principes du droit international », ni dans les « clauses des traités », dont parle l'article 3 de la Convention d'arbitrage, que le juge a trouvé les pouvoirs lui permettant de tenir pour valable une cession de créance qui est, sans qu'il y ait d'hésitation possible, juridiquement nulle. C'est, bien plutôt, dans les « principes de justice et d'équité », dont parle le même article.

Aussi bien, aucune conclusion sur ce point ne serait plus judicieuse que la note doctrinale qui accompagne cette affaire.

Il y est dit notamment (2) : « Toute l'attention « semble s'être portée sur la validité de la cession. Elle était sans formes et certainement « nulle suivant le droit du Pérou... Le surarbitre, « au contraire, n'hésite pas à tenir la cession pour

(1) LA PRADELLE et POLITIS. — *Recueil*, tome II, p. 205.

(2) *Idem*, p. 266.

« valable, parce qu'il pense que la Commission « n'a qu'à juger en équité... » Telle semble bien être l'application qui fut faite de la clause de jugement en équité (1).

Il importe de marquer que le fait de tenir pour valable la cession de créance est, ici, d'autant plus important que, non seulement il implique une reconnaissance du bien-fondé de la réclamation, mais encore qu'il emporte la compétence de la Commission Mixte. En effet, si la cession avait été déclarée nulle, l'Etat du Pérou n'était plus en présence du ressortissant américain Elderedge, mais du Péruvien Aldao, et la compétence de la Commission internationale disparaissait.

(1) En fait, plusieurs constructions juridiques présentant, au moins, l'apparence d'une stricte orthodoxie juridictionnelle eussent pu justifier un dispositif semblable à celui de la sentence. Cette remarque n'aboutit qu'à caractériser plus fortement l'attitude de l'arbitre qui n'a pas cru nécessaire ou utile de recourir à l'une ou l'autre de ces constructions.

SECTION DEUXIÈME

AFFAIRE DE L'ORINOCO STEAMSHIP COMPANY (1)

§ 1^{er}. — *Les Faits.*

Le 17 janvier 1894 le gouvernement du Venezuela accordait à un certain Ellis Grell un droit exclusif de navigation sur l'Orénoque entre Trinidad et Ciudad Bolivar. A la suite d'un transfert, ce droit eut pour bénéficiaire l'Orinoco and Trading Company, société britannique dont les actions et les obligations appartenaient cependant, du moins pour la plupart, à des citoyens américains.

Le gouvernement du Venezuela contracta une dette envers cette société, notamment pour services rendus et dommages subis. Un accord fut conclu le 10 mai 1900 aux termes duquel, d'une part, la concession du droit exclusif de navigation était prolongée pour six ans et, d'autre part, deux paiements, l'un quasi immédiat et l'autre à une date postérieure, devaient être effectués par le Venezuela au bénéfice de la dite compagnie.

Peu après le premier versement, le 5 octobre 1900, le gouvernement du Venezuela ouvrit l'Orénoque à la libre navigation de toutes les nations, annulant ainsi le monopole qu'il avait accordé à Ellis Grell et qu'avait acquis la société britannique.

(1) *Les Travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*. Introduction de JAMES BROWN SCOTT, p. 239.

Ses réclamations étant vaines, la société s'adressa aux gouvernements anglais et américain. Bientôt les actionnaires américains de la compagnie anglaise formaient une société américaine appelée « The Oronico Steamship Company » qui se substituait à la précédente par un acte du 1^{er} avril 1902.

L'affaire, qui n'opposait plus, dès lors, que les Etats-Unis d'Amérique et le Venezuela, fut soumise à l'arbitrage de la Commission qu'avait instituée le protocole du 17 février 1903. La sentence fut rendue par le surarbitre Barge le 22 février 1904. Elle accordait une indemnité de 28.000 dollars aux réclamants.

Les Etats-Unis protestèrent violemment contre cette sentence. Après de longues négociations, il fut décidé, par un compromis du 13 février 1909, que l'affaire serait à nouveau soumise à l'arbitrage.

Ce compromis déclarait notamment :

« Le Tribunal arbitral décidera d'abord si la
« sentence du surarbitre Barge, en cette affaire,
« étant donné l'ensemble des circonstances et
« d'après les principes du droit international,
« n'est pas entachée de nullité et si elle doit être
« considérée comme définitive, de telle sorte
« qu'elle exclue un nouvel examen de l'affaire sur
« le fond. Si le Tribunal arbitral décide que la
« dite décision doit être considérée comme définitive, l'affaire sera considérée par les Etats-Unis d'Amérique comme terminée ; mais, à l'inverse, si le Tribunal arbitral décide que la dite sentence du surarbitre Barge ne doit pas être considérée comme définitive, le dit Tribunal devra alors connaître de l'affaire, l'examiner et la juger et rendre sa sentence sur le fond » (1).

Cette seconde sentence fut rendue par la Cour Permanente d'Arbitrage le 25 octobre 1910. Nous étudierons successivement les deux instances.

(1) *Les Travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*, p. 250.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité de la Convention du 17 février 1903 (1) déclarait que le commissaire ou, au cas de désaccord, le surarbitre devraient décider de toutes les réclamations *sur la base de l'équité absolue, sans tenir compte des objections de nature technique ou des règles de la législation locale.*

§ III. — *La sentence du 22 février 1904.*

Le surarbitre Barge examina, notamment, les conditions dans lesquelles était intervenu l'acte du 1^{er} avril 1902, qui avait substitué une société américaine nouvelle à l'ancienne compagnie britannique. C'est, à cette occasion, qu'il se heurta à la clause de jugement en équité.

Il déclarait (2) :

« ... Attendu que s'il est certain que les preuves
« démontrent que le 1^{er} avril 1902 tous les crédits
« de cette compagnie (3) furent transportés à la
« compagnie réclamante (4), il n'est pas moins
« certain que, d'après ce qui se peut voir par les
« preuves, ce transport ne fut jamais notifié au
« gouvernement vénézuélien ;

« Attendu que, conformément à la loi véné-
« zuelienne, en parfait accord avec les principes
« de justice reconnus et proclamés dans presque
« tous les codes des nations civilisées, un pareil
« transfert ne donne aucun droit contre le débi-
« teur, s'il ne lui a pas été notifié ou s'il n'a pas
« été accepté par lui ;

« Attendu que, ici, il ne peut être objecté que,
« conformément au protocole, on ne doit pas s'ar-
« rêter aux dispositions de la législation locale,
« puisque les mots : « les commissaires ou, en cas

(1) *Les Travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*, p. 254.

(2) *Idem*, p. 286.

(3) Il s'agit de la compagnie anglaise « The Orinoco Shipping and Trading Company ».

(4) Il s'agit de la société américaine « The Orinoco Steamship Company ».

« de désaccord, le surarbitre trancheront toutes
« les réclamations sur la base d'une équité abso-
« lue, sans s'arrêter à des objections de nature
« technique ou aux dispositions de la législation
« locale », clairement doivent être interprétés
« dans le sens que des questions de nature techni-
« que ou les dispositions de la législation locale
« ne doivent pas être prises en considération
« quand elles seront en désaccord avec les règles
« de l'équité absolue...

« Attendu que, si les dispositions de la législa-
« tion locale, loin d'être des objections aux règles
« de l'équité absolue, sont parfaitement confor-
« mes à ces règles, ne pas les appliquer parce
« qu'elles furent reconnues et proclamées par la
« législation locale du Venezuela apparaîtrait
« comme une contradiction absolue à cette
« équité ; et, attendu que le transport des crédits
« de « The Orinoco Shipping et Trading Com-
« pany » à « The Orinoco Steamship Company »
« ne fut ni notifié au gouvernement vénézuélien
« ni accepté par lui, ce transport ne peut donner
« droit à une réclamation au nom de cette der-
« nière compagnie contre le dit gouvernement... »

L'arbitre, constatant que la cession de la créance
n'avait pas été entourée des formalités légales,
rejetait donc la demande en indemnité sur ce
point.

§ IV. — *Sentence du 25 octobre 1910.*

La sentence (1), rendue le 25 octobre 1910 sous
la présidence du D^r Lammasch, déclarait notam-
ment, à propos de la réclamation basée sur la ces-
sion de créance :

« Considérant que le compromis du 17 fé-
« vrier 1903 n'investissait pas les arbitres d'un
« pouvoir discrétionnaire, mais les obligeait de
« rendre leur sentence sur la base de l'équité
« absolue sans tenir compte d'objections de

(1) *Les Travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*, p. 242.

« nature technique ou des dispositions de la
« législation légale...

« ... Considérant qu'il ne s'agissait pas de la
« cession d'une concession, mais de la cession
« d'une créance, que le défaut de notification
« préalable de la cession d'une créance n'est que
« l'inobservation d'une prescription de la législa-
« tion locale et, bien que pareille prescription se
« trouve aussi dans d'autres législations, elle ne
« peut être considérée comme exigée par l'équité
« absolue, au moins lorsque, en fait, le débiteur
« a eu connaissance de la cession et qu'il n'a pas
« plus payé sa dette au cédant qu'au cession-
« naire... »

Cassant sur ce point la sentence du surarbitre Barge, la Cour Permanente d'Arbitrage concluait à la recevabilité de la réclamation.

La sentence, qui allait, en l'espèce, contre le droit, présentait donc le jugement en équité comme délibérément détaché du droit.

SECTION TROISIÈME

AFFAIRE RUDLOFF (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

Henri Frederick Rudloff devait construire un marché à San Jacinto, ville vénézuélienne. Les conditions de l'entreprise furent fixées par un contrat liant Rudloff et, notamment, le ministre des Travaux publics des Etats-Unis du Venezuela.

Ce contrat contenait, dans son article 12, une clause par laquelle les différends naissant de la convention seraient tranchés par les tribunaux de la République vénézuélienne et ne donneraient jamais lieu à des réclamations internationales.

Peu après, le gouvernement annula le contrat. Une réclamation fut présentée par Ida Wiskow de Rudloff et William Rudloff, ressortissants des Etats-Unis et héritiers de Frederick Rudloff. Les Etats-Unis d'Amérique soutinrent cette réclamation.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figure dans l'article premier du Protocole américano-vénézuélien du 17 février 1903 (2).

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 182.

(2) *Idem*, p. 1 et 2.

Les commissaires et, en cas de désaccord, l'arbitre devaient juger les diverses affaires qui leur seraient soumises *sur la base de l'équité absolue sans égards pour les objections d'une nature technique ou les règles de la législation locale.*

§ III. — *La Sentence* (1).

L'arbitre Barge n'eut à départager les commissaires que sur la question de la clause de l'article 12 ci-dessus rappelée du contrat.

Malgré cette clause et bien que la réclamation fit l'objet d'un procès pendant devant la Cour fédérale vénézuélienne, l'arbitre, en vertu de la clause de jugement en équité du Protocole, conclut à la compétence de la Commission Mixte. Il écartait donc ainsi les règles qui, juridiquement, régissaient les rapport des deux parties.

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 192.

SECTION QUATRIÈME

AFFAIRE PADRON (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

Le ressortissant espagnol Maria Garcia de Padron était établi au Vénézuëla, à Nanguata. Durant une guerre civile, une maison, dont il était propriétaire, fut occupée par les troupes du gouvernement et par les troupes insurgées, du mois de septembre 1899 au mois de mai 1900.

M. Garcia de Padron demanda à être indemnisé pour les loyers perdus, pour les réparations qu'il dut faire effectuer à son immeuble et pour le prix d'un hangar attenant qui avait été complètement détruit. Le gouvernement espagnol présenta sa demande.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figure dans l'article premier du Protocole hispano-vénézuélien du 2 avril 1903 (2).

D'après cet article, les commissaires et, s'il y a lieu, le surarbitre devront trancher les affaires qui leur seront soumises *sur la base d'une équité absolue sans considérations pour les objections d'une nature technique ou les règles de la législation locale.*

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 924.

(2) *Idem*, p. 917.

§ III. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue par l'arbitre Gutierrez Otero. Ce dernier constate, dès l'abord, que les deux commissaires ont procédé à un examen juridique de l'affaire. Le commissaire espagnol, en effet, s'était basé, semble-t-il, sur le principe de la protection due par tout Etat aux étrangers résidant sur son territoire. Il avait conclu à une faute dans la protection inefficace du gouvernement vénézuélien et, par suite, à sa responsabilité. Le commissaire vénézuélien avait, plus ou moins sûrement, établi que l'on ne pouvait prouver que les dommages aient été causés par les troupes du gouvernement. Il concluait donc, à juste titre du point de vue juridique et en admettant que les prémisses qu'il posait fussent exactes, à l'irresponsabilité de son gouvernement, puisqu'il n'était plus question que de dommages causés par des insurgés.

L'arbitre rappelle, ensuite, la clause de jugement en équité du Protocole du 2 avril 1903. Il précise qu'un jugement en équité est un jugement détaché délibérément du droit applicable à l'affaire en suspens.

Il conclut que le litige doit être renvoyé devant les commissaires qui, précise-t-il, devront se rappeler que le procès n'a pas à être tranché par l'application ou la non application de la règle de droit suivant laquelle il n'y a pas responsabilité de l'Etat dans le cas de dommages causés par des insurgés vaincus. Les commissaires devront, à sa demande, baser leur nouvel examen sur l'équité absolue et non sur le droit applicable.

Le jugement en équité est donc conçu, ici, comme absolument étranger à la solution de droit et comme pouvant, dans son dispositif, coïncider avec cette dernière ou lui être, entièrement ou partiellement, opposé (1).

(1) Il convient de rapprocher de ce litige l'affaire *Mena* (*Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 931), où le même arbitre aboutit aux mêmes conclusions pour des dommages de même nature.

SECTION CINQUIÈME

AFFAIRE DES MINES AROA (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

Durant une guerre civile vénézuélienne, des dommages avaient été causés, par des troupes insurgées, aux mines appartenant à une compagnie anglaise.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figurait dans le Protocole anglo-vénézuélien du 7 mai 1903 (2). Il y était dit que les commissaires et, s'ils étaient en désaccord, l'arbitre devraient juger les réclamations qui leur seraient présentées *sur la base d'une équité absolue sans s'arrêter aux objections d'une nature technique ou aux règles des législations locales.*

§ III. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue par l'arbitre Plumley. Il y avait, en effet, désaccord entre les commissaires, dissentiment qui ne portait pas sur l'interprétation de la clause ci-dessus citée.

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 344.

(2) *Idem*, p. 294 et 295.

L'arbitre pose le principe qu'un différend international doit être tranché suivant les règles du droit international. Mais le droit international a une fin qui est la justice. Si donc, dans un cas donné qu'on ne peut aisément prévoir, il apparaît que les règles du droit international sont opposées à la justice, ou l'ignorent ou sont inadéquates et inapplicables, il conviendra alors d'avoir recours aux principes sous-jacents de justice et d'équité, appliqués au mieux de l'affaire en discussion (1).

Dans l'affaire en suspens l'arbitre Plumley conclut à une coïncidence des solutions de justice ou d'équité et de droit.

Le jugement en équité, en résumé, est présenté comme pouvant être contraire au droit. Mais l'arbitre ne dit pas nettement si, pour qu'un tel résultat soit possible, il est nécessaire ou non qu'une clause de jugement en équité figure dans la convention d'arbitrage.

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 387.

SECTION SIXIÈME

AFFAIRE GENTINI (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

M. Odoardo Gentini, ressortissant italien, se trouvait, en 1871, au Venezuela, à Trujillo. Il subit, du fait des excès d'un groupe de soldats, divers dommages dans ses biens et fut même emprisonné. L'affaire opposait, en 1903, l'Italie et les Etats-Unis du Venezuela.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figurait dans l'article 2 du Protocole italo-vénézuélien du 7 mai 1903 (2).

Cet article déclarait, en effet, que les décisions de la Commission devraient être basées *sur l'équité absolue sans que l'on ait à prendre en considération les objections d'une nature technique ou les règles de la législation locale.*

§ III. — *Les deux thèses.*

Le commissaire vénézuélien opposait, à la réclamation de l'Italie, la prescription trentenaire

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 720.

(2) *Idem*, p. 645 et 646.

qui était reconnue; disait-il, par le droit vénézuélien, le droit italien et le droit international.

Le commissaire italien faisait remarquer, notamment, que c'était le refus primitif du Venezuela qui avait retardé l'arbitrage et qu'en outre cinq réclamations, dont les faits remontaient à plus de trente ans, avaient été acceptées par la Commission franco-vénézuelienne.

§ IV. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue par l'arbitre Ralston.

Ce dernier, rappelant qu'il devait être guidé par l'équité absolue, d'après le Protocole même, admettait, comme on l'avait prétendu, disait-il, que si la prescription n'avait sa base et sa justification que dans la légalité, elle ne serait pas opposable à la demande (1).

Examinant, alors, l'institution même de la prescription, il concluait qu'elle avait son fondement dans « la plus haute équité » et, par suite, était applicable à l'espèce (1).

Il croyait, cependant, devoir appuyer, au passage, sa démonstration sur la jurisprudence conforme des Cours d'équité anglo-saxonnes (1).

En conclusion, il rejetait donc la réclamation italienne pour prescription.

La possibilité d'un jugement en équité contraire au droit ressort, par suite, nettement de cette sentence.

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 727.

SECTION SEPTIÈME

AFFAIRE SAMBIACCIO (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

M. Salvatore Sambiaggio, ressortissant italien, résidait au Venezuela, à San Joaquin. Durant une guerre civile dans le pays, il subit des dommages de la part des troupes insurgées qui le soumirent à des réquisitions et à des prêts forcés. L'Italie soutint la réclamation qu'il formula.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figure dans l'article 2 du Protocole italo-vénézuélien du 7 mai 1903 (2).

Cet article déclare, en effet, que les diverses réclamations devront être tranchées *sur la base de l'équité absolue sans considération des objections de nature technique ou des règles de législation locale.*

§ III. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue par l'arbitre Ralston.

Nous n'en retiendrons que le passage où celui-ci déclare qu'à son avis une sincère interprétation

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 666.

(2) *Idem*, p. 645 et 646.

du compromis oblige le Tribunal à appliquer aux divers litiges qui lui sont soumis les principes bien établis de justice, sans prendre la liberté d'en arriver à une indifférence à l'égard du droit (1). En accord avec cette affirmation, le dispositif de la sentence est conforme au droit commun en matière de responsabilité de l'Etat dans la guerre civile.

La clause de jugement en équité est donc entendue, ici, comme conduisant à une application équitable du droit, mais, en aucune hypothèse, comme pouvant être contraire au droit.

(1) Nous croyons utile de donner le libellé même du passage de la sentence auquel il est fait allusion au texte, car il n'a pas toujours reçu une interprétation identique à celle que nous croyons légitime de lui donner. (Voir : ORFIELD, *K. L. J.*, January, 1930, p. 118.) — « In the view of the umpire, the true interpretation of the protocol requires the present tribunal, « disregarding technicalities, to apply equitably to the various « cases submitted the well-established principles of justice, « not permitting sympathy for suffering to bring about a dis- « regard for law ». (*Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 692.)

SECTION HUITIEME

AFFAIRE VAN DISSEL ET C^o (1)

§ I^{er}. --- *Les Faits.*

En juillet 1901, durant des troubles politiques au Vénézuëla, Van Dissel, ressortissant allemand, perdit une centaine de mulets qui furent réquisitionnés par des troupes insurgées. Ces troupes avaient reçu un appui sérieux de la Colombie.

Le règlement de l'indemnité due, qui opposait l'Allemagne et les Etats-Unis du Vénézuëla, fut soumis à l'arbitrage.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figure dans l'article 2 du Protocole du 7 mai 1903, qui déclare que les diverses affaires soumises à la Commission devront être tranchées *sur la base de l'équité absolue sans égards aux objections d'une nature technique ou aux règles de la législation locale* (2).

§ III. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue par l'arbitre Duffield. Elle contenait un examen juridique de l'affaire.

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 565.

(2) *Idem*, p. 515.

La règle, en ces matières, est qu'il n'y ait pas responsabilité de l'Etat pour des dommages causés par des insurgés qui, en définitive, sont vaincus, à moins qu'il y ait un manque de diligence dans la protection dont tout Etat doit entourer un étranger résidant sur son territoire.

Examinant la règle de la diligence due par tout gouvernement, l'arbitre indiquait qu'à son avis on ne pouvait exiger des mesures préventives ayant, pour la protection des étrangers, une efficacité absolue. Le droit lui paraissait sur ce point, et à juste titre, beaucoup plus modéré et nuancé. Mais il acceptait délibérément de se placer sur le terrain d'un principe aussi rigide et concluait cependant, étant donné les circonstances de l'affaire, à l'irresponsabilité du gouvernement vénézuélien. Il précisait, en effet, que la révolte avait été préparée et organisée en Colombie, se dérochant ainsi à toute action préventive du gouvernement vénézuélien. Par suite, il concluait que, en admettant que le droit existant exigeât que l'on juge la diligence d'un Etat à sa seule efficacité, il serait « contraire à la justice et à l'équité et non conforme au Droit international » (1) de tenir le gouvernement vénézuélien pour responsable, étant donné les circonstances de l'affaire. Il rejetait donc la demande de Van Dissel.

Quelle que soit la prudence de la formule qui vient d'être citée, on peut dire que la sentence admet la possibilité d'un jugement en dehors du droit. Certes, dans l'espèce, la solution donnée est conforme au droit ; de plus, l'arbitre déclare, au cours de la sentence, qu'il va déterminer la responsabilité du Venezuela, à propos de cette réclamation, selon les principes du droit international. Mais, lorsque l'arbitre déclare, qu'en admettant que soit absolue l'obligation de protection de l'Etat vis-à-vis des étrangers résidant sur son territoire, il y aurait toujours lieu, cependant, à exonérer de toute responsabilité le Venezuela, à raison des circonstances de l'affaire, il ouvre clairement la voie à la possibilité d'un jugement non conforme au droit.

(1) *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 573.

SECTION NEUVIÈME

AFFAIRE DES CAYUGA INDIAN CLAIMS (1)

§ I^{er}. - *Les Faits.*

Au cours de la guerre de l'indépendance américaine, des tribus d'Indiens, appelés Cayugas, se rangèrent du côté de la Grande-Bretagne. Leur territoire fut envahi et ils furent dispersés. Une partie d'entre eux se trouvait, dès 1785, au Canada, une autre partie était restée groupée autour du lac Cayuga, c'est-à-dire aux Etats-Unis.

En 1789, l'Etat de New-York signa un traité avec ce second groupe, reconnu comme constituant « The Cayuga Nation ». Par ce traité étaient vendus à l'Etat de New-York des territoires que les tribus d'Indiens Cayugas, avant tout conflit et avant leur scission, avaient autrefois occupés. Le paiement devait s'effectuer sous forme d'annuités payables aux Indiens Cayugas.

Diverses conventions vinrent plus tard modifier les prestations. Mais ce qui importe c'est que l'Etat de New-York ne fit le service des annuités qu'à ceux des Indiens qui étaient restés aux Etats-Unis et qui y restèrent. Il leur versait d'ailleurs le montant global des annuités prévues. Les Cayugas réfugiés au Canada protestèrent et la Grande-

(1) *American and British claims arbitration under the Special Agreement of August 18, 1910.* Rapport de NIELSEN, p. 203 et suivantes.

Bretagne, après avoir longtemps tardé, prit leur défense. — L'affaire opposait donc les Etats-Unis et la Grande-Bretagne.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figure dans l'article 7 de la Convention du 18 août 1910, entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne (1).

Cet article déclare, en effet, que chaque membre du Tribunal devra juger en se conformant *aux règles découlant du traité et aux principes du Droit international et de l'équité.*

§ III. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue à Washington le 22 janvier 1926.

Le Tribunal, après avoir évoqué la clause de jugement en équité, y déclarait qu'il n'était pas nécessaire de juger de l'affaire selon cette dernière. A son avis, en effet, le litige pouvait être tranché selon la base strictement légale de l'article 9 du traité dit Traité de Ghent, intervenu sur le même sujet que le traité de 1789, bien que liant les Etats-Unis et la Grande-Bretagne (2), sans que, pour cela, la solution donnée fut contraire à la justice.

Le dispositif de la sentence doit donc être considéré comme n'étant nullement inspiré par la clause d'équité de l'article 7.

Mais, dans l'examen qu'il donnait, au passage, de cette clause, le Tribunal indiquait l'interprétation qui lui semblait devoir être retenue. Il affirmait se rallier à celle qui était donnée dans la sentence intervenue à propos de l'affaire des navires norvégiens, affaire que nous examinons au cours de cette étude (3).

(1) *American and British claims arbitration under the Special Agreement of August 18, 1910.* Rapport de NIELSEN, p. 3 et suivantes.

(2) *Idem*, p. 321.

(3) Voir l'Index.

Précisant le résultat de cette interprétation dans l'affaire qu'il avait à juger, il affirmait qu'il coïncidait avec celui de la jurisprudence interne des tribunaux anglais et américains. Il devait faire prendre en considération, par dessus ce que l'on pourrait appeler, d'une expression plus exacte que correcte, la fiction de la personnalisation (*the corporate fiction*), la réalité des choses. Par dessus la personnalité légale de la Nation des Indiens de la région de Cayuga, il convenait de voir qu'en fait il n'existait plus que des Indiens canadiens, ressortissants britanniques, et des Indiens américains, ressortissants des Etats-Unis. Les uns et les autres avaient un droit égal à recueillir en quelque sorte la succession représentant l'équivalent de biens qui leur avaient été communs.

En définitive, donc, l'acception que donnait le Tribunal d'une clause de jugement en équité lui ouvrait la possibilité d'un jugement contraire au droit. Dans cette affaire, d'ailleurs, cette clause l'eût conduit plutôt, semble-t-il, à une simple application équitable du droit. Mais cette constatation ne modifie en rien la valeur et l'intérêt de l'interprétation générale dégagée qui se traduit par la possibilité d'une sentence contraire au droit.

SECTION DIXIÈME

AFFAIRE DE L'EASTERN EXTENSION AUSTRALASIA AND CHINA TELEGRAPH COMPANY LIMITED (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

Cette affaire opposait la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique. Durant la guerre hispano-américaine de 1898 les autorités navales américaines avaient fait détruire, dans les eaux territoriales des Philippines, des câbles sous-marins. Ces câbles appartenaient à la société anglaise dite « The Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company Limited ».

Cette société fit exécuter les réparations nécessaires et le gouvernement anglais demanda au gouvernement des Etats-Unis que soit remboursé à cette dernière le montant de ces travaux.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

L'affaire fut soumise à l'arbitrage par application de la Convention du 18 août 1910 (2).

L'article 7 de cette convention précisait que chaque membre du Tribunal devait s'engager à trancher les affaires qui lui seraient soumises *selon les règles même du traité et les principes du droit international et de l'équité* (3).

(1) *American and British arbitration under the Special Agreement of August 18, 1910.* Rapport de FRED K. NIELSEN, p. 40 et suivantes.

(2) *Idem*, p. 3 et suivantes.

(3) « *In accordance with treaty rights and with the principles of international law and of equity* », dit le texte.

§ III. — *Les Plaidoiries.*

A. — THÈSE PRÉSENTÉE PAR LA GRANDE-BRETAGNE.

Cecil J. B. Hurst, agent britannique, soutenait qu'en l'espèce, ni directement, ni par analogie, on ne pouvait dégager une règle de droit international applicable à l'affaire.

Etant donné cette absence, ou cette prétendue absence, d'une règle applicable, il déclarait que le Tribunal, par application de l'article 7 de la Convention, devait juger de l'affaire selon l'équité.

L'équité consistait pour lui, dans cette affaire précise, à concilier les droits légitimes des belligérants avec les droits des neutres.

Cette conciliation lui paraissait assurée si l'on demandait au belligérant de payer le montant de la réparation et strictement cette somme.

En définitive, il fallait donc, pour lui, obliger la partie qui avait légitimement coupé les câbles sous-marins à remettre les choses dans leur état antérieur, ou, étant donné les circonstances, l'obliger à solder les frais qu'avait nécessités cette remise en l'état, mais on ne devait point indemniser le propriétaire des câbles de tout autre préjudice, préjudice qu'il pouvait cependant avoir réellement subi, par exemple, pendant le non fonctionnement du service télégraphique et, en outre, dans cette affaire du moins, par le fait qu'il avait avancé l'argent nécessaire à la réparation. Telle paraissait être, pour J. B. Hurst, la solution d'équité dans cette espèce.

Ayant ainsi affirmé, dès l'abord, les conclusions de sa thèse, l'agent britannique, modelant son attitude, semble-t-il, sur celle de son collègue américain, en vint à expliquer la conception qu'il se faisait du rôle d'une clause de jugement en équité.

Il fit un parallèle avec la jurisprudence prétorienne du droit romain. Il expliqua que les premiers progrès du droit romain avaient été dus à la possibilité reconnue au prêteur, lorsqu'il se trouverait en présence de règles de droit un peu trop étroites, de juger une affaire et de la trancher selon la manière qui lui paraîtrait la plus juste et la plus équitable.

De même, il constata, dans le litige en question, une déficience du droit, non parce qu'il était trop étroit, mais parce que, disait-il, inexistant. Il conclut, en outre, à l'absence de tout précédent judiciaire en la matière. Donc, pour lui, il n'y avait aucun doute que le Tribunal devait justement, à l'exemple du préteur romain, créer ce précédent. Aussi bien ajoutait-il que les différends, dont les solutions paraissaient, à l'époque, définitivement acquises en droit international, avaient tous, à un moment quelconque, fait figure de litige essentiellement nouveau. Il avait bien fallu, alors, qu'un tribunal créât un précédent.

B. — THÈSE PRÉSENTÉE PAR L'AGENT DES ETATS-UNIS.

Fred K. Nielsen, agent américain, affirmait qu'existait un principe de droit international bien établi suivant lequel, en temps de guerre, un Etat n'était pas responsable de la destruction de la propriété ennemie au cours des opérations militaires. Les câbles sous-marins et les diverses installations qui permettaient de les utiliser lui semblaient avoir ce caractère de propriété ennemie. Il concluait donc au non paiement des réparations par le gouvernement des Etats-Unis.

Sur le problème même de l'équité, K. Nielsen s'efforça de démontrer que, même lorsqu'existait une clause de jugement en équité, la tendance des arbitrages internationaux était de ne pas accorder une indemnité s'il n'y avait pas de responsabilité légale (1).

Il concluait donc à l'application, pure et simple, des règles qu'il avait précédemment dégagées.

§ IV. — *La Sentence.*

Le Tribunal, composé de Henri Fromageot, Mitchell Innes et E. Olds, rendit sa sentence le 9 novembre 1923 à Londres.

Le Tribunal déclare d'abord qu'en droit la société anglaise n'a droit à aucune indemnité.

(1) Il cita notamment les affaires *Aroa Mines*, *Hardman* et les *Norwegians Shipping claims*, que nous examinons au cours de cette étude.

Rappelant la clause de jugement en équité de l'article 7, il précise que si l'application stricte du droit conduit à une solution nettement injuste à cause des circonstances spéciales de l'affaire, il est alors de son devoir de tâcher d'éviter ce résultat en recommandant, par exemple, l'octroi d'une indemnité à titre gracieux. — Mais le refus d'une indemnité ne paraît pas injuste au Tribunal parce que la société savait les risques qu'elle courait et que certains avantages, dans les concessions dont elle avait bénéficié de la part du gouvernement espagnol, n'avaient été accordés qu'en raison même de l'existence de ce risque. — Ainsi, en droit et en équité, la compagnie anglaise se trouva déboutée de sa demande.

Deux dernières considérations, tenant à des rappels ou à des affirmations de l'agent britannique, doivent encore être relevées dans cette sentence.

D'une part, l'agent britannique avait signalé que la Compagnie française des câbles télégraphiques, dont les câbles, reliant les Etats-Unis à Haïti et à Cuba, avaient aussi été détruits, avait reçu une indemnité du gouvernement américain. Le Tribunal fit remarquer qu'il résultait des faits que les câbles de la compagnie française avaient été rétablis à la demande même des autorités américaines et pour leurs besoins militaires. Les câbles avaient été utilisés pour les communications entre les autorités navales américaines et le gouvernement des Etats-Unis. Ils avaient donc rendu de sérieux services à ce dernier. Par suite, le Tribunal concluait, sur ce point, que l'affaire de la Compagnie française des câbles télégraphiques présentait un bon exemple d'indemnisation sur le terrain de l'équité. Il ajoutait que les mêmes circonstances ne s'étaient pas retrouvées dans l'affaire de la compagnie britannique.

D'autre part, le Tribunal répondit à la demande de l'agent britannique qui l'engageait à créer un précédent. Les arbitres indiquaient qu'à leur avis les règles de droit international existant en 1898 étaient suffisantes pour permettre la solution du différend. Mais, et c'est ce qui importe, le devoir du Tribunal, en vertu de l'article 7, ne leur parais-

sait pas devoir consister dans la création de nouvelles règles de droit. Ils précisaient qu'on ne pourrait donner un effet rétroactif à ces règles et que ces dernières n'auraient, de toute manière, que l'autorité qui peut s'attacher à l'opinion particulière d'un tribunal spécial ne puisant son autorité que dans la volonté de deux Etats.

Ainsi, il apparaissait aux arbitres que la clause de jugement en équité pouvait conduire à une solution qui ne soit pas conforme au droit et que légitimaient, alors, les circonstances spéciales à une affaire. Mais ils pensaient que la clause ne pouvait pas les conduire à la création d'un précédent, c'est-à-dire de nouvelles règles de droit. Le caractère de tribunal particulier et spécial qu'avait celui qu'ils constituaient ne leur donnait pas, à leur avis, une autorité suffisante pour cela.

SECTION ONZIÈME

AFFAIRE GEORGES PINSON (1)

§ I^{er}. — *Les Faits.*

M. Georges Pinson, ressortissant français, installé au Mexique, y possédait une ferme. En août 1914, il prit du service dans les armées françaises, laissant à sa femme la direction de ses biens. En février 1915 une guerre civile éclata au Mexique et, au cours des opérations, la ferme et l'étable y attenante furent saccagées.

Le 13 janvier 1921, M. Pinson, de retour au Mexique, adressait une demande en indemnité à la Commission nationale des réclamations de ce pays. En janvier 1924, cette Commission rendit une décision en partie défavorable à la requête.

La France ayant pris la défense des intérêts de son ressortissant, l'affaire fut reprise devant la Commission franco-mexicaine des réclamations.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

Le différend fut tranché conformément aux règles qu'indiquait la Convention franco-mexicaine du 25 septembre 1924 (2).

(1) *La réparation des dommages causés aux étrangers. Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine des réclamations* (1924-1932). Edité chez Pédone, p. 1 à 155.

(2) *The Mexican Claims Commissions*, par FELLER, p. 412.

La clause essentielle de jugement en équité figure à l'article 2 de la convention, article qui déclare que chaque membre de la Commission, avant de commencer ses travaux, « ... s'engagera « à examiner avec soin et à juger avec impartialité, d'après les principes de l'équité, toutes les « réclamations présentées, attendu que le Mexique a la volonté de réparer gracieusement les « dommages subis, et non de voir sa responsabilité établie conformément aux principes généraux du droit international ». L'article précise aussitôt : « Il suffira, par conséquent, de prouver « que le dommage allégué a été subi et qu'il est « dû à quelqu'une des causes énumérées à l'article 3 de la présente convention, pour que le « Mexique se sente, *ex gratia*, décidé à indemniser ».

L'article 6 indiquait, en outre : « Le gouvernement du Mexique étant désireux d'arriver à un « règlement équitable des réclamations définies à « l'article 3 ci-dessus... il est convenu que la Commission ne devra écarter ou rejeter aucune « réclamation pour le motif que les recours légaux n'auraient pas été épuisés avant présentation de la dite réclamation... »

Ainsi, la Convention elle-même oppose un jugement en équité à un jugement conforme au Droit international. Au nom de l'équité elle déclare qu'il n'y aura pas lieu d'appliquer la règle de l'épuisement préalable des recours internes, règle dite « clause Calvo ».

§ III. — *Les Plaidoiries.*

Nous ne savons guère des plaidoiries que ce qu'ont bien voulu en dire les juges dans la sentence. Ils déclarent (1) : « Ce renvoi exprès à l'é-

(1) *Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine*, p. 23. Cependant, dans l'introduction qu'il donne à ce volume, M. Verzijl cite l'opinion du commissaire français M. Ayguesparse, où il est affirmé notamment (p. X et XI) :

« ... VI. — Attendu que l'équité inscrite dans la dite Convention d'un commun accord par les deux hautes parties contractantes m'invite à juger en mon âme et conscience et

« quité a suscité des discussions assez détaillées
« entre les deux agents, l'agent français s'étant
« efforcé d'en étendre les bornes aussi loin que
« possible, l'agent mexicain, au contraire, ayant
« fait de son mieux pour en réduire la portée au
« minimum compatible avec l'intérêt financier du
« Mexique ».

§ IV. — *La Sentence.*

La sentence, qui porte la signature du président Verzijl, fut rendue à Mexico le 19 octobre 1928. A propos de la clause d'équité de l'article 2 de la Convention, elle donne une interprétation nette qui est résumée ainsi (1) : « Ce que la Convention « interdit aux arbitres, c'est, par conséquent, « d'appliquer aux réclamations actuelles les « règles du droit international coutumier qui, à « leur avis, régissent la responsabilité juridique « des Etats en matière de dommages révolution- « naires ».

Plus loin, elle indique encore (2) : « Le rôle de « l'équité dans le présent arbitrage, envisagé à la « lumière combinée des articles 2 et 6 de la Con- « vention, consiste donc à rendre impossible au « Mexique de faire valoir devant la Commission « franco-mexicaine l'exception déclinatoire du « défaut d'avoir épuisé préalablement les recours « légaux et de charger la dite Commission de

« à peser en toute impartialité les circonstances qui peuvent
« militer tant en faveur des réclamants qu'en faveur du Mexi-
« que, en m'inspirant des principes de justice, de morale et de
« courtoisie internationale et en tenant compte d'une manière
« loyale, humaine et modérée, de tous les arguments et consi-
« dérations présentées contradictoirement par les deux agents
« et des circonstances spéciales qui peuvent entourer chaque
« cas particulier ».

« VII. — ... Je crois, en ce qui me concerne, conforme à l'é-
« quité, de me réserver la faculté de déterminer dans chaque
« cas concret les modalités d'allocations de ces intérêts et
« d'examiner les circonstances spéciales qui entourent chaque
« réclamation et qui peuvent atténuer ou aggraver la respon-
« sabilité de l'Etat défendu... ».

(1) *Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine*, p. 25.

(2) *Idem*, p. 26.

« mettre à la base de ses décisions les principes
« équitables admis par les hautes parties contrac-
« tantes elles-mêmes dans la Convention, au
« lieu de les fonder, soit sur la négation absolue
« de toute responsabilité internationale pour
« dommages révolutionnaires, soit sur un examen
« approfondi de la teneur des règles de droit
« international relatives à cette matière ».

Mais, pour important qu'il soit, le rôle de l'équité n'est pas conçu comme illimité et la sentence précise (1) :

« De ce qui précède, il résulte que... le rôle de
« l'équité, dans cet arbitrage, bien que très impor-
« tant, n'est pourtant que restreint, c'est-à-dire
« limité à écarter la question controversée de
« l'existence et éventuellement de l'étendue de la
« responsabilité internationale du chef de préju-
« dices subis par des étrangers à la suite de guer-
« res civiles, etc., ce qui ne laissera pas, d'ailleurs,
« de produire certains contrecoups sur des ques-
« tions connexes, et à écarter de même l'exception
« de la clause Calvo. Pour le reste, la Commission
« a, en règle générale, le devoir d'examiner les
« questions controversées au point de vue du
« droit international... »

Enfin, le Tribunal tient à faire remarquer que les conclusions qu'il a formulées n'empêchent pas
« que l'équité soit invoquée comme principe sup-
« plémentaire de décision dans les cas où le droit
« positif est silencieux, ou comme correctif dans
« les cas exceptionnels où l'application du droit
« strict amènerait à des résultats évidemment
« injustes. Dans le premier cas, l'équité fait fonc-
« tion de source subsidiaire de droit internatio-
« nal ; dans le second, invoquer l'équité équivaut
« à confesser que le droit positif, comme toute
« œuvre humaine, est imparfaite et que, pour
« cela, il a quelquefois besoin de correction par
« un principe supérieur, qu'on l'indique par jus-
« tice ou par équité » (2).

(1) *Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine*, p. 29.

(2) *Idem*, p. 30.

Ces quelques citations permettent de dégager la conception générale de l'équité qu'implique la sentence.

Le juge a distingué, dans cette affaire, un rôle normal et un rôle exceptionnel de l'équité.

Le rôle normal est celui que joue l'équité sans qu'il soit besoin qu'une clause explicite, dans la convention d'arbitrage, la mentionne parmi les éléments devant inspirer la sentence. Cette fonction normale vise un double but : combler les lacunes du droit, assurer, s'il y a lieu, une application équitable et nuancée du droit.

Le rôle exceptionnel de l'équité ne peut être invoqué que s'il existe dans la convention d'arbitrage une clause explicite de jugement en équité. Dans ce cas, et parce qu'une telle clause est par sa nature même exceptionnelle, l'interprétation doit être restrictive, c'est-à-dire que l'équité doit être substituée au droit dans les seules hypothèses où la Convention l'a explicitement prévu et ordonné. Mais, dans les limites précises fixées par la Convention d'arbitrage, le jugement en équité est entendu comme pouvant être contraire au droit.

SECTION DOUZIÈME

AFFAIRE DE LA COMPAGNIE MARIPOSA (1)

§ 1^{er}. — *Les Faits.*

Une société des Etats-Unis d'Amérique du Nord, appelée « The Mariposa Company », possédait un ranch situé au Mexique dans l'Etat de Coahuila.

De l'année 1915 à l'année 1919, et à l'occasion de troubles intérieurs, le ranch fut soumis à de fréquentes réquisitions et on dut livrer des chevaux et du bétail, tantôt aux troupes gouvernementales, tantôt aux diverses troupes insurgées. — Une de ces réquisitions fut exécutée sur les ordres d'un colonel des troupes dites « villistas » et afin d'assurer le ravitaillement en viande de la ville de Muzquiz.

Une réclamation globale fut présentée, plus tard, par les actionnaires britanniques de la société. La Grande-Bretagne soutint ses ressortissants et l'affaire fut soumise à l'arbitrage par des conventions anglo-américaines.

L'article 3 de la convention du 5 décembre 1930 (2) énumère les diverses forces militaires, gouvernementales et rebelles, à propos desquelles

(1) *Claims Commission between Great Britain and Mexico.* Further Decisions and Opinions in accordance with the Conventions of November 19, 1926 and December 5, 1930, p. 304 à 307.

(2) *Idem*, p. 6.

le Mexique s'engageait à réparer les dommages qu'elles avaient causés. Les troupes dites « villistas » ne figuraient pas dans cette énumération.

§ II. — *La Clause de jugement en équité.*

La clause de jugement en équité figure dans l'article 2 de la Convention du 19 novembre 1926 (1).

Cet article déclare, en effet, que les commissaires devront s'engager à juger *d'après les principes de justice et d'équité parce que le Mexique désire réparer les dommages qui sont visés dans la Convention « ex gratia » et ne pas voir sa responsabilité établie d'après les principes généraux du droit international.*

§ III. — *La Sentence.*

La sentence fut rendue à Mexico le 6 août 1931, sous la présidence du D^r Zimmerman.

En ce qui concerne la réquisition évoquée ci-dessus des troupes « villistas », elle constate que ces forces ne sont pas prévues dans la Convention.

Mais elle rappelle que le bétail saisi servit presque entièrement au ravitaillement de la ville de Muzquiz et conclut, par suite, sur ce point, que l'équité doit faire accorder une indemnité aux réclamants.

Il serait, semble-t-il, téméraire de prétendre que la solution adoptée par le Tribunal est, sans discussion possible, contraire au droit. En effet, une interprétation et une construction juridiques eussent pu conduire à un dispositif semblable. Ce qui est caractéristique c'est que les juges n'ont pas tenté cette manière de justification et ont invoqué la clause de jugement en équité, si nette dans sa rédaction. C'est ce fait qui nous permet d'affirmer que la sentence implique, tout au moins par ses motifs, la possibilité d'un jugement contraire au droit.

(1) FELLER. — *The Mexican claims Commission*, p. 467.

SECTION TREIZIÈME

LES POUVOIRS DU JUGE ET LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ D'APRÈS LA JURISPRUDENCE

Il convient de prendre acte immédiatement des conclusions qui se dégagent et de notre exposé jurisprudentiel proprement dit et de notre annexe finale. Nous aurons, en second lieu, à situer la clause de jugement en équité et les pouvoirs qu'elle donne au juge dans l'ensemble des fonctions et des pouvoirs divers qui peuvent être dévolus à un arbitre en droit international.

La formule qui doit résumer les pouvoirs que le juge trouve dans une clause de jugement en équité, doit être assez générale pour rendre compte, à la fois, et du fait qu'en bien des hypothèses la sentence rendue a été strictement conforme au droit et du fait que, par ailleurs, l'arbitre, en plus d'un cas, a appuyé la non conformité au droit et, pour tout dire, l'hétérodoxie juridictionnelle de sa décision sur la clause de jugement en équité.

En ce sens on peut dire que la clause de jugement en équité implique pour l'arbitre, s'il le juge désirable, *la possibilité de rendre une sentence qui ne soit point conforme au droit.*

Cette formule, parce qu'elle parle de la simple possibilité d'une sentence non conforme au droit, est celle qui recouvre la plus grande partie de la jurisprudence en la matière. Toute autre conclusion ne rendrait compte que d'une partie bien moindre de cette jurisprudence.

Une seule sentence est contraire au principe que nous proposons. C'est celle intervenue dans l'affaire *Sambiaggio* (1), où l'arbitre Ralston nie formellement que le jugement en équité puisse être un jugement contraire au droit. C'est là une décision par trop isolée pour qu'il ne soit pas possible de passer outre.

Les pouvoirs que la clause de jugement en équité donne à l'arbitre international étant ainsi précisés et définis, nous en venons à rechercher le genre de décisions auquel ils doivent être rattachés.

Une décision arbitrale internationale s'apprécie au double point de vue de son autorité sur les parties et de sa conformité ou de sa non conformité avec le droit existant.

La combinaison de ces deux éléments permet d'obtenir les quatre solutions suivantes : une décision non obligatoire pour les parties et conforme au droit ; une décision non obligatoire pour les parties et non conforme au droit ; une décision obligatoire pour les parties et conforme au droit ; une décision obligatoire pour les parties et non conforme au droit.

La décision non obligatoire pour les parties et conforme au droit réalise, notamment, l'hypothèse de l'avis consultatif (2).

La décision non obligatoire et non conforme, du moins nécessairement, au droit existant traduit la tentative dite de médiation ou encore de conciliation.

(1) Voir *supra*, p. 36.

(2) La technique des traités, soit d'arbitrage soit de conciliation, connaît une grande souplesse et nous offre quelques curieux exemples de même nature. C'est ainsi qu'on peut, du moins partiellement, rapprocher de ce genre de décisions la « Convention relative à la procédure de conciliation » signée par la France et l'U. R. S. S. le 29 novembre 1932. L'article 6 de cette convention, évoquant le rôle de la commission que ce texte créait, indique : « La Commission est chargée d'étudier les questions litigieuses dont elle est saisie par les deux gouvernements et de leur recommander l'interprétation qu'elle juge fondée en droit ou l'arrangement qu'elle estime équitable... » DE MARTENS. — *Nouveau recueil général de traités*, troisième série, tome XXIX, p. 30.

La décision obligatoire pour les plaideurs et conforme au droit constitue, au sens rigoureux du terme, une sentence. Il s'agit, dans ce cas d'un arbitrage *stricto sensu*, conformément à la définition que donne l'article 37 du projet de convention, relatif à l'établissement d'une Cour de Justice Arbitrale, soumis à la Conférence de la Paix de 1907.

La décision obligatoire, qui peut ne pas être conforme au droit, vise les cas généralement connus sous la dénomination d'amiable composition.

C'est à ce quatrième genre de décisions et à ces *pouvoirs d'amiable composition* que doit être rattachée la clause de jugement en équité.

Pour être schématique, cette vue de la technique judiciaire internationale n'en est pas moins exacte.

D'ailleurs, la doctrine considère, généralement, que la clause de jugement en équité constitue bien un cas d'amiable composition (1).

En résumé, l'examen de la jurisprudence révèle que la clause de jugement en équité permet au juge de rendre une décision non conforme au droit lui donnant ainsi des pouvoirs d'amiable compositeur.

(1) La similitude des pouvoirs d'amiable composition et des pouvoirs résultant d'une clause de jugement *ex æquo et bono* résulte implicitement, par exemple, du rapport de M. POLITIS sur le futur article 28 de l'Acte Général. — *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. — Procès-verbaux de la première commission*, p. 62 et suivantes.

CHAPITRE II

LES TRAITÉS D'ARBITRAGE

SECTION PREMIÈRE

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LE PROJET D'UNE COUR INTERNATIONALE DES PRISES, DU 18 OCTOBRE 1907.

La seconde Conférence de la Paix, réunie à La Haye en 1907, adopta un projet de convention relatif à la création d'un Cour Internationale des Prises en matière de guerre maritime (1).

L'article 7 de ce projet est ainsi rédigé dans ses deux premiers paragraphes :

*« Si la question de droit à résoudre est prévue
« par une convention en vigueur entre le belligé-
« rant capteur et la puissance qui est elle-même
« partie au litige ou dont le ressortissant est par-
« tie au litige, la Cour se conforme aux stipula-
« tions de la dite convention.*

*« A défaut de telles stipulations, la Cour appli-
« que les règles du droit international. Si des
« règles généralement reconnues n'existent pas, la
« Cour statue d'après les principes généraux de la
« justice et de l'équité ».*

(1) *Acte final de la deuxième Conférence de la Paix
XII^e Convention, Recueil. LE FUR et CHKLAVER, p. 234.*

Il convient de préciser le sens, tel qu'il résulte des travaux même de la Conférence, de la clause de jugement en équité que contient cet article et de retracer ensuite les causes de l'échec de l'ensemble du projet. Ces causes ont eu, en effet, leur origine dans cette même clause.

Louis Renault, rapporteur du projet, présentait l'article partiellement cité ci-dessus en ces termes (1) : « ... Nous croyons devoir vous proposer « une solution, hardie sans doute, mais de nature à « améliorer sérieusement la pratique du droit international. « Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les « *principes généraux* de la justice et de l'équité. » « Elle est ainsi appelée à *faire le droit*. Nous « avons la confiance que les magistrats choisis par « les puissances seront à la hauteur de la mission « qui leur est ainsi donnée, qu'ils en useront avec « modération et fermeté. Ils orienteront dans le « sens de la justice la pratique sans la bouleverser... En définitive, la situation faite à la nouvelle Cour des Prises ressemblera beaucoup à la condition qui a été longtemps celle des tribunaux dans les pays où la législation, principalement coutumière, était encore rudimentaire. Ils « faisaient la loi en même temps qu'ils l'appliquaient et leurs décisions formaient des *précédents* devenus une source importante du droit. « L'essentiel est d'avoir des magistrats qui inspirent confiance. Si nous attendions d'avoir une « législation internationale complète pour avoir « des juges chargés de l'appliquer ce serait une « perspective sur laquelle ne pourraient guère « compter les plus jeunes d'entre nous... »

Il concluait, sur ce point particulier (2) : « Acceptons donc qu'une Cour, composée de magistrats éminents, soit chargée de suppléer aux insuffisances du droit positif, jusqu'à ce que la « codification du droit international, régulièrement poursuivie par les gouvernements, vienne « simplifier sa tâche ».

(1) *Publications de la D. C. Rapports faits aux Conférences de la La Haye de 1899 à 1907*, p. 769.

(2) *Idem*, p. 770.

Cette Cour Internationale des Prises ne devait jamais être créée. L'attitude, essentielle en la matière, de l'Angleterre, nation maritime par excellence, fut toute d'opposition et ruina le projet. Le refus de participation de la Grande-Bretagne à la création et au fonctionnement de cette Cour enlevait, en effet, à cette dernière toute valeur et toute signification pratiques.

Les débats parlementaires à la Chambre des Communes et à la Chambre des Lords, dont l'opposition fut déterminante, contiennent des précisions sur cette opposition et montrent qu'elle reposait, essentiellement, sur la clause de jugement en équité de l'article 7 du projet de convention et plus précisément sur les pouvoirs que cette clause, étant donné l'état de la matière, aurait donnés à la Cour des Prises.

A la Chambre des Communes (1), M. Atherley Jones déclara que la Cour Internationale des Prises serait un « Corps législatif » parce que la clause de jugement en équité ne signifiait rien moins, disait-il, que la capacité reconnue à la Cour de légiférer.

Le futur Lord Robert Finlay (2) précisait, à cette occasion, qu'à son avis la Cour aurait la liberté de décider selon son bon plaisir, selon la notion qu'elle aurait des principes généraux de justice et d'équité sans avoir pour guide aucun ensemble de lois reconnues et acceptées. Son opposition était d'autant plus ardente qu'il s'agissait, disait-il, d'un intérêt « vital » pour son pays.

Il appuyait sa démonstration d'un exemple. Il rappelait l'intérêt qu'avait l'Angleterre à préciser définitivement la question de la transformation des navires marchands en croiseurs armés. Il lui apparaissait comme élémentaire que la modification ait obligatoirement lieu dans les eaux territoriales du pays que le navire devait représenter

(1) Citations des débats parlementaires anglais faites par l'agent américain NIELSEN dans l'affaire *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company Limited*. Voir : *American and British Claims arbitration under the Special Agreement of August 18, 1910*, p. 64.

(2) *Idem*, p. 65. — Sur les débats à la Chambre des Lords, voir *idem*, p. 63.

en haute mer. Il signalait les efforts faits pour arriver à un accord sur ce point et rappelait qu'on s'était trouvé en présence de divergences qui ne laissaient aucun espoir.

Il s'effrayait alors du pouvoir qu'aurait la Cour des Prises de trancher un litige de cette sorte sans autre guide que le sentiment qu'elle aurait de la nature des choses.

Devant l'incertitude que faisait planer dans l'opinion anglaise le jugement « d'après les principes généraux de la justice et de l'équité », bien qu'il fut restreint au cas d'absence de règles « généralement reconnues », le projet n'obtint pas le succès escompté.

Cet échec, par les motifs qui le provoquèrent, n'est pas dépourvu de tout enseignement et, dans une certaine mesure, apporte une interprétation de la clause de jugement en équité qui s'ajoute aux indications précises qu'avait fournies le rapporteur lors de la Conférence de 1907 et les confirme.

SECTION DEUXIÈME

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LE STATUT DE LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

L'examen de la clause de jugement en équité que contient l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale implique d'abord l'étude de la genèse de la clause, telle qu'elle résulte notamment des travaux préparatoires, puis l'exposé de l'interprétation qu'a donnée la Cour elle-même. Une brève comparaison permettra, enfin, en concluant, de dégager avec précision et certitude la signification qu'il convient de retenir.

§ I^{er}. — *Sa Genèse.*

La clause qui donne à la Cour Permanente de Justice Internationale la possibilité de juger en équité constitue le second alinéa et la disposition terminale de l'article 38 du Statut de la Cour.

Cet article est ainsi rédigé :

« Article 38. — *La Cour applique :*

« I. — *Les conventions internationales, soit*
« *générales, soit spéciales, établissant des règles*
« *expressément reconnues par les Etats en litige ;*

« II. — *La coutume internationale comme*
« *preuve d'une pratique générale acceptée comme*
« *étant de droit ;*

« III. — *Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;*

« IV. — *Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.*

« *La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex æquo et bono* ».

Le deuxième alinéa de l'article est l'œuvre d'une commission de l'Assemblée de la Société des Nations. En effet, ni cette disposition, ni une disposition semblable ne figuraient dans le projet de Statut qu'avait remis au Conseil et à l'Assemblée de la Société des Nations, le Comité de juristes chargé de la rédaction de ce projet.

La faculté reconnue à la Cour de statuer *ex æquo et bono*, dans le cas d'accord des parties sur ce point, résulte d'un amendement déposé par M. Fromageot devant la Sous-Commission de la troisième commission de l'Assemblée. Cet amendement connut plusieurs rédactions.

Il convient de retracer, en premier lieu, les débats qui conduisirent jusqu'à la rédaction dernière et dont les conclusions furent confirmées par diverses déclarations faites lors de l'élaboration du Règlement de la Cour Permanente de Justice et lors de sa première révision en 1926. — Nous serons ensuite conduits à rechercher, en second lieu, si le libellé définitif de la clause correspond ou non au but que s'était proposé, du moins primitivement, l'auteur du projet d'amendement.

Ce but apparaît clairement, bien que succinctement, à la lecture des procès-verbaux des séances de la Sous-Commission.

L'intervention décisive de M. Fromageot, lors de la discussion de l'article 35 (1) du projet du Comité de juristes de La Haye, est résumée, le pro-

(1) Le numérotage des articles du projet du Comité de Juristes ne correspond pas au numérotage des articles du Statut de la Cour. — C'est ainsi que c'est de l'article 35 du projet du Comité que devait sortir, après discussion et modification, l'article 38 du Statut de la Cour, article cité plus haut. — L'article 35 est ainsi rédigé : « Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique,

cès-verbal étant analytique et non sténographique, dans les termes suivants (1) : « M. Fromageot (France) voudrait que la rédaction de cet article fût un peu plus souple, de façon à ce qu'il n'y ait aucun doute que la Cour peut rendre un jugement d'accord agréé auparavant entre les parties ; avec la rédaction actuelle, ceci n'est pas possible ».

Pour offrir à la Cour la possibilité de ce « *jugement d'accord* », le délégué français proposa de modifier le libellé de l'article 35 et de remplacer l'expression : « 3° les principes généraux du droit » par « 3° les principes généraux du droit et de la justice... » — Cette nouvelle rédaction fut alors acceptée.

Mais M. Politis rappela, lors de la lecture du rapport du président de la Sous-Commission, qu'il semblait bien que l'avis général, lors de la discussion précédente, ait été que l'accord des parties serait nécessaire pour que la Cour pût appliquer les principes généraux de justice. Il mit donc en doute que le texte voté traduisît avec exactitude les intentions de ses collègues. La Sous-Commission se rangea à son avis et les mots « et de la justice » furent supprimés. Après un bref débat, ils furent remplacés par la phrase suivante qui prit place à la fin de l'article 35 : « La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex æquo et bono* » (2). Ce texte devait devenir définitif puisque c'est lui, en effet, que l'on retrouve dans l'article 38 du Statut de la Cour.

en ordre successif : 1° les conventions internationales, soit générales, soit spéciales établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ; 2° la coutume internationale, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi ; 3° les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ; 4° les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit ».

(1) *Publications de la C. P. J. I. « Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la S. D. N. et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour Permanente. — Procès-verbaux de la Sous-Commission de la troisième commission, p. 145.*

(2) *Idem*, p. 157.

L'amendement, du moins à son origine, visait donc à permettre le jugement d'accord. C'est là une signification de la clause qui est confirmée par certaines discussions qui se déroulèrent lors de l'élaboration du règlement de la Cour et lors de sa première révision de juillet 1926.

Dans le premier cas, M. Huber eut l'occasion de rappeler (1) « que l'intention des rédacteurs du « Statut, en formulant le dernier alinéa de l'article 38 du Statut, était de frayer le chemin pour « les jugements d'accord ». En 1926, M. Weiss ayant fait remarquer qu'à son avis la disposition terminale de l'article 38 ne pouvait contenir l'idée d'un jugement d'accord « car, disait-il, l'accord « des parties visé par l'article ne porte pas sur le « fond du litige mais uniquement sur la loi applicable », le président Huber reconnut que le principe du jugement d'accord ne ressortait pas du texte, « mais, ajoutait-il (2), les discussions de « la Commission qui a préparé le Statut le rendent clair ».

Quelle que soit la netteté de ces divers procès-verbaux et la similitude de leurs affirmations, il est cependant indéniable que la rédaction définitive ne rappelle guère l'idée d'un jugement d'accord.

Un jugement de cette sorte suppose, en effet, que l'accord des parties porte sur le fond même du débat, c'est-à-dire sur les éléments qui sont appelés à constituer le dispositif du jugement.

Or, le second alinéa de l'article 38, dont il n'est sans doute pas inutile de donner, une fois encore, le libellé, est ainsi rédigé : « La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la « Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex æquo et bono* ». A moins de torturer le texte de la clause, on est amené à conclure que l'accord des parties ne vise que la procédure applicable. La concordance des volontés des plaideurs est prévue et réclamée pour que puisse être prononcée une sentence selon une base *ex æquo et bono*.

(1) *Publications de la C.P.J.I.*, série D. *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, D. 2, p. 217 et aussi p. 154.

(2) *Publications de la C.P.J.I.*, série D, addendum au n° 2, p. 171.

Mais cette concordance des volontés n'est nécessaire qu'en ce qui concerne la possibilité d'un jugement en équité et parce qu'un tel jugement est d'une nature exceptionnelle. — Rien, dans le second alinéa de l'article 38, ne permet de conclure que l'accord des parties doit porter sur la sentence elle-même, qui, dans ce cas, ne serait soumise à la Cour que pour homologation.

On ne peut trouver une suite vraiment logique aux travaux concernant ce passage de l'article 38 du Statut de la Cour que si l'on suppose que l'auteur de l'amendement et ses collègues pensaient à un jugement qui, officieusement et en fait, serait un jugement d'accord, mais qui, apparemment, ne devrait rien avoir d'un jugement d'homologation.

M. Manley O. Hudson écrit plus simplement (1) :
« La formule de M. Fromageot... fut modifiée par
« la suite et la modification qui y fut introduite
« en changea radicalement le sens ».

Cependant, cette contradiction évidente entre, d'une part, le sens de la clause tel qu'il résulte des travaux préparatoires et, d'autre part, le sens de la clause tel qu'il résulte de sa rédaction même, est fortement dévalorisée et ne garde qu'un intérêt historique. En effet, la Cour Permanente a eu l'occasion de préciser la signification qu'elle attache à la clause de jugement en équité de l'article 38. — Cette interprétation de la Cour résout la difficulté.

§ II. — *Son interprétation par la Cour.*

Parler de l'interprétation que donne la Cour du second alinéa de l'article 38 est, au premier abord, du moins, une formule qui peut paraître audacieuse. En effet, la Cour Permanente de Justice Internationale n'a jamais eu à connaître d'une affaire qui lui aurait été soumise sur la base de la clause de jugement en équité de son Statut.

La possibilité d'un jugement en équité s'est cependant présentée à propos de l'affaire dite

(1) HUDSON. — *La Cour Permanente de Justice Internationale*, p. 624, note 43.

« des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex », qui opposa la France et la Suisse. Le compromis du 30 octobre 1924, qui introduisit l'affaire, ne renvoyait nullement à la disposition *in fine* de l'article 38 à laquelle il ne faisait pas la moindre allusion. Le débat devait être porté sur cette base par les plaidoiries et les observations des représentants du gouvernement français.

Nous verrons successivement comment un règlement en équité fut demandé à la Cour et l'interprétation que cette dernière donna, à cette occasion, de la clause de jugement en équité de son Statut.

La France demandait à la Cour Permanente de faire un règlement nouveau concernant le régime douanier des zones franches, règlement qui, pour la France, pouvait comporter l'abrogation même des dites zones. Ce sont les pouvoirs nécessaires à la Cour pour un pareil règlement que la France affirmait trouver dans la clause de jugement en équité de l'article 38.

En effet, M^e Paul-Boncour, avocat du gouvernement français, après avoir esquissé l'étendue des pouvoirs que, à son avis, le compromis donnait à la Cour, déclarait (1) : « Si c'est là un pouvoir exceptionnel, c'est là une exception qui, la Cour me permettra de le lui dire, deviendra de plus en plus la règle, car elle est le témoignage de la confiance que, dans leurs difficultés, les Etats mettent en elle et qui se développera de plus en plus (2). Ce pouvoir, d'ailleurs, est expressément prévu par l'article 38 *in fine* de son Statut, où il est dit : « La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties » sont d'accord, de statuer *ex æquo et bono* ». Ces mots reviendront à plusieurs reprises au cours de ma discussion ; ils sont, en réalité, la devise que j'inscris au seuil de ma plaidoirie ».

M. Logoz, agent du gouvernement suisse,

(1) *Publications de la C. P. J. I.*, série C, n° 19-1, p. 34.

(2) L'avenir ne devait pas vérifier la prophétie optimiste de M^e Paul-Boncour.

déclara, au nom de son gouvernement (1), « nulle part le compromis en vertu duquel la Cour est actuellement saisie ne dit que la Cour puisse statuer *ex æquo et bono* ». Il en concluait que la Cour devait dire strictement le droit. M. Basdevant, agent du gouvernement français, déclarait (2), dans les observations qu'il présentait ensuite : « Au surplus, l'article 38 de votre Statut vous permet, lorsque les parties y consentent, de statuer *ex æquo et bono*. Le consentement peut être donné par le compromis. Ce terme, sans doute, n'est pas répété dans le compromis signé entre la France et la Suisse. Mais peu importe ».

Ainsi, par l'attitude de la France, la Cour Permanente était amenée, fut-ce incidemment et indirectement, à évoquer la disposition finale de l'article 38, dont une des parties faisait le fondement du compromis d'arbitrage. Elle ne le fit pas sans prudence.

On trouve, en effet, dans son Ordonnance du 6 décembre 1930, le considérant suivant (3) : « Considérant que s'il est certain que les parties libres de disposer de leurs droits, auraient pu... et pourraient, dans des négociations futures, donner à leur accord n'importe quelle portée et, partant, même abroger le régime des zones franches ; il ne s'ensuit nullement que la Cour jouisse de la même liberté ; que pareille liberté, contraire à la fonction propre de la Cour, ne pourrait en tout cas lui appartenir que si elle résultait d'une stipulation positive et claire, qui ne se trouve pas dans le compromis ».

En exigeant un renvoi « positif et clair », c'est-à-dire explicite à la disposition terminale de l'article 38 pour que cette dernière bénéficie, en définitive, de simples possibilités de fonctionnement, la Cour avait résolu le cas particulier qui l'occupait alors.

Mais, surtout, et c'est ceci qui importe, en ne réfutant pas l'interprétation que le gouvernement français donnait du second alinéa de l'article 38,

(1) *Publications de la C.P.J.I.*, série C, n° 19-1, p. 152.

(2) *Idem*, p. 316.

(3) *Idem*, série A, n° 24, p. 11.

et en en discutant les conditions d'application, la Cour, implicitement, acceptait le sens qui était donné à la clause de jugement en équité et l'usage auquel, désormais, il allait être établi qu'elle était destinée.

En déclarant, d'un point de vue plus général, que le pouvoir dont la France l'invitait à user était « contraire à la fonction propre de la Cour », mais en ajoutant que, bien qu'exceptionnel, c'était là un pouvoir qui, dans certaines conditions, pourrait lui appartenir, la Cour indiquait une de ses tendances qui reste essentielle pour l'interprétation du second alinéa de l'article 38 de son Statut.

Cette tendance était nettement précisée dans la note du juge américain M. Kellogg qui, tout en étant d'accord sur la solution adoptée par la Cour, présenta quelques observations portant sur la compétence. Pour lui, en tout état de cause, la Cour, « aux termes de son Statut — loi fondamentale qui régit sa juridiction, — n'aurait pas été compétente pour trancher des questions telles qu'en fait naître la mission de régler un régime douanier spécial et compliqué entre deux États souverains » (1). Il indiquait, plus nettement encore, sa pensée en déclarant : « Il n'est guère possible d'admettre que l'intention fut, même du consentement des parties, que la Cour eût compétence pour régler des questions politiques, qu'elle exerçât la mission de rédiger des traités entre les nations ou de trancher des affaires en se fondant sur des motifs d'opportunité politique et économique » (2). Il donnait, enfin, la raison dernière de son ardente opposition à l'interprétation française du compromis lorsqu'il écrivait (3) : « Point n'est besoin d'imposer à la Cour le règlement de ces questions politiques, qui détruiraient son influence en tant que Cour de Justice ».

L'examen étant mené à ce point de la jurisprudence de la Cour de la Haye et à ce point des

(1) *Publications de la C. P. J. I.*, série A, n° 24, p. 32.

(2) *Idem*, p. 34.

(3) *Idem*, p. 42.

débats de cette affaire (1), la volonté des membres de la Cour Permanente de Justice Internationale apparaît assez clairement, au double point de vue, d'une part, du sens du second alinéa de l'article 38, d'autre part, de ses conditions et possibilités d'application, pour qu'il soit possible de la dégager sans risque d'erreur.

Il est certain, tout d'abord, que la clause de jugement en équité, que contient le Statut de la Cour, a pris une signification dans les plaidoiries comme dans les ordonnances, qui est sans rapport avec celle qui se dégageait des travaux préparatoires. Il ne s'est agi, à aucun moment et à aucun degré, d'enregistrer un accord des parties (2), puisque, aussi bien, c'est en se basant sur leur désaccord que le gouvernement français demandait à la Cour de faire, elle-même, le règlement portant sur le régime douanier. Il fut donc admis que, par la disposition terminale de l'article 38 du Statut, les plaideurs peuvent demander à la Cour non point de leur appliquer des règles de droit existantes, non point même de donner l'autorité d'une sentence à un accord intervenu entre eux, mais bien de créer des règles de droit nouvelles qui régiront, à l'avenir, leurs rapports sur le point tranché. C'est là, évidemment, demander à la Cour Permanente de sortir de sa fonction judiciaire strictement entendue et c'est cette signification nouvelle acceptée par la Cour, qui va provoquer des hésitations marquées de cette dernière quant au second point, qui est celui des possibilités d'application de la clause.

La Cour Permanente, en effet, a fortement insisté sur le caractère exceptionnel de la clause

(1) Dans l'arrêt du 7 juin 1932, relatif à la même affaire, M. Negulesco, au cours de son opinion dissidente, dira tout aussi nettement, parlant de la compétence de la Cour : « Or, ces questions, étant de nature économique et politique et n'ayant aucun caractère juridique, ne peuvent pas rentrer dans sa compétence ». *Publications de la C. P. J. I.*, série A/B, n° 46, p. 190.

(2) C'est tout à fait incidemment que la Cour, en prévision d'un accord des parties, déclarait, dans son Ordonnance du 6 décembre 1930, « que le « jugement d'accord », sans être expressément prévu par le Statut, est conforme à l'esprit de celui-ci ». *Publications de la C. P. J. I.*, série A, n° 24, p. 14.

d'équité ainsi entendue. La Cour a visiblement le sentiment que c'est en restant, systématiquement et strictement, un organisme judiciaire, au sens le plus étroit de l'expression (1), qu'elle fondera le mieux et le plus sûrement son autorité vis-à-vis des Etats qui pourront ainsi prévoir plus aisément les conséquences de sa juridiction. La Cour, ainsi faisant, ne fait que reprendre l'argument traditionnel invoqué maintes et maintes fois pour promouvoir l'arbitrage obligatoire. Cependant, on peut judicieusement affirmer que la Cour offrait, à l'époque de l'affaire des zones franches, une sensibilité particulièrement vive à cet argument. Elle espérait, en effet, à ce moment, qu'il était possible que le gouvernement des Etats-Unis adhérât à son Statut. Par suite, la netteté de son attitude, dont il était certain (2) qu'elle trouverait un accueil favorable auprès du Sénat américain, fut peut-être, dans une certaine mesure, fonction de ce vœu. Quoi qu'il en soit de ces circonstances particulières, il semble bien que le sentiment de la Cour, avec plus ou moins de force suivant certaines contingences temporaires, est celui qui vient d'être dégagé.

Le second alinéa de l'article 38 est donc présenté comme pouvant permettre à la Cour la création d'un nouveau droit applicable aux rapports des parties et, devant ce pouvoir exceptionnel, la Cour Permanente de Justice Internationale se dérobe ou, pour le moins, manifeste de fortes réticences.

(1) Il est certain que pour admettre le degré de pureté de l'acte juridictionnel que supposent l'attitude générale de la Cour et surtout les observations personnelles de M. Kellogg, il faut prendre la fonction judiciaire dans son sens le plus étroit et non seulement dans le sens où elle est prise par les diverses législations internes, comme le prétendait le juge américain. (Série A, n° 24, p. 33.) En effet, les tribunaux en droit interne sont, eux aussi, investis de missions qui dépassent leur fonction ordinaire. M. Basdevant en citait divers exemples au cours de cette même affaire. (Série C, n° 19-1, p. 316.)

(2) Le caractère des observations du juge américain M. Kellogg l'a surabondamment rappelé.

§ III. — *Conclusion.*

Le problème par lequel s'opposaient d'une part la signification de la clause, telle qu'elle résultait des travaux préparatoires, et d'autre part la signification qui jaillissait de la rédaction même du texte, est donc résolu.

C'est la seconde manière d'entendre le deuxième alinéa de l'article 38 qui doit être retenue.

Le but, qui est dès lors donné à la clause de jugement *ex æquo et bono*, est de permettre au juge, non de vérifier la légalité d'un acte ou d'une situation juridique, mais bien de créer, sur un point précis, une légalité nouvelle.

Ce qu'il importe de marquer fortement c'est que, dans notre hypothèse, il ne s'agit pas de rechercher si, en fait, dans la réalité des choses et par opposition à la lettre des textes, le juge, dans l'accomplissement normal de sa fonction, est ou non un créateur de droit.

Ce serait là participer au débat, toujours ouvert, qui oppose ceux pour qui la jurisprudence est une source de droit à ceux pour qui elle ne présente pas ce caractère.

Or, la clause de l'article 38 a une toute autre portée : elle tend, en effet, à investir le juge d'une mission nettement exceptionnelle par rapport aux cadres généraux et normaux de la fonction judiciaire. Il s'agit d'une mission aussi ouvertement exceptionnelle que possible ; le juge, en effet, n'a plus à sauver, par le jeu, plus ou moins fictif, de l'interprétation et de la construction juridiques, même l'apparence de l'acte juridictionnel.

Deux dernières considérations, qui s'appuient, elles, sur l'origine même de la clause, achèvent de préciser le particularisme, par rapport à l'article 38 en général, de cette dernière.

Le second alinéa de l'article 38 fut l'œuvre d'une commission de la Société des Nations et non du Comité de Juristes chargé de préparer un projet de Cour de Justice et, par là, quoiqu'en aient écrit, d'ailleurs plutôt incidemment, certains auteurs (1),

(1) Ainsi EUGÈNE BOREL. — *Annuaire de l'Institut de Droit international* 1934. « *La compétence du juge international en équité* », p. 191.

elle apparaît étrangère au problème du non-liquet qui préoccupa le Comité de La Haye et non la Commission de Genève, et dont l'écho se retrouve dans la clause sur les principes généraux du droit et non dans la clause sur le jugement *ex æquo et bono*.

Par la différence d'origine qu'a cette dernière disposition avec tout le premier alinéa de l'article 38, dès l'abord apparaît l'arbitraire des constructions juridiques qui assimilent, du point de vue « matériel », c'est-à-dire du point de vue de leur contenu, les « principes généraux » du premier alinéa et le jugement *ex æquo et bono* du second alinéa de l'article 38 et qui ne les différencient que dans leur application qui, dans le premier cas, est dite *præter legem* et dans le second cas *contra legem* (1).

(1) C'est la construction que présente par exemple M. HABICHT dans *Le pouvoir du juge international de statuer « ex æquo et bono »*, Cours, 1934, tome III, p. 300 et 301.

SECTION TROISIÈME

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LE TRAITÉ GERMANO-SUISSE DU 3 DÉCEMBRE 1921

Le traité d'arbitrage et de conciliation, signé à Berne, par la Suisse et l'Allemagne le 3 décembre 1921 (1), indique, dans son article premier, que tous les différends, « de quelque nature qu'ils soient », qui s'élèveront entre les parties contractantes, seront soumis soit à la procédure de conciliation, soit à la procédure d'arbitrage.

L'article 3 du Traité énumère ceux de ces différends qui seront soumis à l'arbitrage. Ce sont ceux ayant pour objet :

« Premièrement : le contenu, l'interprétation et
« l'exécution d'un traité conclu entre les deux
« parties ;

« Deuxièmement : tout point de droit interna-
« tional ;

« Troisièmement : la réalité de tout fait qui, s'il
« était établi, constituerait la violation d'un enga-
« gement international ;

« Quatrièmement : l'étendue et la nature de la
« réparation due pour une telle violation ».

Par cette énumération, qui n'est que la reproduction de la clause facultative d'arbitrage obligatoire de l'article 36 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, les parties ont

(1) *Recueil de Traités de la Société des Nations*, vol. XII, page 280 et surtout page 282.

voulu éviter l'emploi des expressions si souvent usitées de « conflits juridiques » ou de « conflits à propos desquels les parties se contestent réciproquement un droit ». Au simple énoncé de ces notions, dont les critères sont aussi divers qu'ils sont généralement imprécis, les signataires de la convention ont substitué une énumération limitative qui traduit ou, tout au moins, précise la conception qu'ont les parties du conflit juridique.

L'article 5 du Traité indique les règles que devra appliquer le Tribunal pour résoudre les conflits énumérés à l'article 2. Cet article déclare :

« *Le Tribunal applique :*

« *Premièrement : les conventions en vigueur entre les parties, soit générales, soit spéciales, et les règles de droit qui en découlent ;*

« *Deuxièmement : la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;*

« *Troisièmement : les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.*

« *Si, dans un cas donné, les bases juridiques énoncées ci-dessus accusent des lacunes, le Tribunal prononce selon les principes juridiques qui, à son avis, devraient faire règle en droit international. Il s'inspire, à cet effet, des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence (1).*

« *Si les parties y consentent, le Tribunal peut, au lieu d'étayer sa sentence sur des principes juridiques, statuer d'après des considérations tirées de l'équité ».*

Trois observations importantes, portant sur le but qui est assigné à la clause de jugement en équité, découlent de cet article 5.

(1) Il convient de rapprocher de ce paragraphe l'article premier du Code civil suisse de 1907 : « *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ces dispositions. — A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce alors le droit coutumier et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. — Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».*

Contrairement à ce qui est le cas de nombreux traités d'arbitrage d'après-guerre, le jugement en équité est prévu, ici, pour les conflits « juridiques » et non pour des conflits dits « politiques » (1).

Le texte de l'article précise, en second lieu, dans quelles conditions le juge comblera ce que le traité, avec une grande partie de la doctrine, appelle les « lacunes » du droit. Or, contrairement à ce que prévoient, à ce sujet, certains traités d'arbitrage, le jugement en équité n'est pas destiné à cette fin (2).

Enfin, la rédaction même de la clause oppose un jugement basé « sur des considérations tirées de l'équité » à un jugement étayé sur « des principes juridiques ». C'est l'accord des parties seul qui permet le jugement en équité.

Ce sont là des considérations dont l'ensemble suffit à donner à l'article 5 du Traité une forte originalité (3).

(1) L'article 15 du traité italo-suisse du 20 septembre 1924 par exemple, contient le paragraphe suivant : « Dans le cas où de l'avis de la Cour le litige ne serait pas d'ordre juridique, les parties conviennent qu'il sera tranché *ex aequo et bono* ».

(2) L'article 28 de l'Acte Général de Genève du 20 septembre 1928, par exemple, contient la clause suivante : « Dans le silence du compromis, le Tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables au différend, le Tribunal jugera *ex aequo et bono* ».

(3) Le traité germano-suisse a servi de modèle au traité d'arbitrage et de conciliation signé entre l'Allemagne et le Luxembourg le 11 septembre 1929, ainsi qu'il résulte de la lecture des articles 3 et 5 de ce dernier traité. Voir : *Publications de la C. P. J. I.*, série D, n° 6, p. 393 et 394.

SECTION QUATRIÈME

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LE TRAITÉ ITALO-SUISSE DU 20 SEPTEMBRE 1924

Le traité de conciliation et de règlement judiciaire signé à Rome par l'Italie et la Suisse le 20 septembre 1924 (1) soumet, par son article premier, tous les différends s'élevant entre les parties à une procédure de conciliation.

L'article 15 du traité prévoit qu'en cas d'échec de la procédure de conciliation le litige pourra, à la demande d'une des parties, être soumis à la Cour Permanente de Justice Internationale.

Le second alinéa précise que dans cette hypothèse et « dans le cas où, de l'avis de la Cour, le « litige ne serait pas d'ordre juridique, les parties « conviennent qu'il sera tranché *ex æquo* et « *bono* ».

Le jugement en équité est donc prévu ici pour des conflits dits politiques. Il importe de préciser qu'aucun critère de distinction des conflits entre conflits juridiques et conflits politiques n'est proposé. C'est à la Cour elle-même qu'il appartient d'indiquer la nature du litige.

(1) Ratifié le 29 janvier 1925. *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. XXXIII, p. 92.

L'importance de cet article est augmentée du fait qu'il a été un modèle abondamment utilisé (1).

(1) On peut citer notamment comme reproduisant, textuellement ou quasi-textuellement, la disposition de l'article 15 du traité italo-suisse :

L'article 15 du traité Grèce-Suisse du 21 septembre 1925 ;
L'article 14 du traité Roumanie-Suisse du 3 février 1926 ;
L'article 7 du traité Espagne-Suisse du 20 avril 1926 ;
L'article 7 du traité Espagne-Italie du 7 août 1926 ;
L'article 16 du traité Chine-Italie du 24 février 1927 ;
L'article 16 du traité Italie-Lithuanie du 17 septembre 1927 ;
L'article 7 du traité Espagne-Portugal du 18 janvier 1928 ;
L'article 5 du traité Italie-Turquie du 30 mai 1928 ;
L'article 15 du traité Finlande-Italie du 21 août 1928 ;
L'article 20 du traité Grèce-Italie du 23 septembre 1928 ;
L'article 18 du traité Luxembourg-Pologne du 29 octob. 1928 ;
L'article 17 du traité Luxembourg-Suisse du 16 sept. 1929 ;
L'article 17 du traité Italie-Lettonie du 28 avril 1931.

On peut rapprocher, en outre, de ces textes l'article 4 du traité du 5 avril 1928 signé entre le Danemark et Haïti, ainsi rédigé : « ... Les parties conviennent que les différends qui, de
« l'avis de la Cour, ne seraient pas d'ordre juridique, peuvent
« être réglés par la Cour suivant les principes du droit et de
« l'équité ».

SECTION CINQUIÈME

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LE TRAITÉ BELGO-SUÉDOIS DU 30 AVRIL 1926

Le 30 avril 1926, la Belgique et la Suède signaient à Bruxelles un traité de conciliation et d'arbitrage (1). Le traité soumet à un règlement pacifique toutes les contestations pouvant s'élever entre les deux pays. Ce règlement diffère suivant qu'il s'agit d'un différend à propos duquel les parties se contestent réciproquement un droit ou de tout autre différend.

Dans le second cas, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un litige qui ne se présente pas sous l'aspect de la contestation réciproque d'un droit, il est prévu qu'en cas d'échec d'une procédure de conciliation la question sera soumise à un tribunal d'arbitrage qui statuera, dit l'article 17 du traité, *ex æquo et bono*.

Le traité belgo-suédois réserve donc le jugement en équité aux conflits dits politiques. Mais, à l'inverse du traité italo-suisse, qui s'en remet au Tribunal d'arbitrage compétent du soin de rechercher la nature, juridique ou politique, du diffé-

(1) Ratifié le 27 septembre 1927. *Société des Nations, Recueil des Traités*, vol. LXVII, 1927, p. 91. Voir surtout les articles 1^{er}, 16 et 17 du traité.

rend, le traité belgo-suédois contient un critère de différenciation qui n'est autre que la formule généralement dite « formule locarnienne » (1).

(1) Certains traités ont reproduit, exactement ou dans ses caractéristiques essentielles, la clause du traité belgo-suédois. On peut, notamment, citer les traités suivants :

Belgique-Danemark, 3 mars 1927, art. 17 ;
Belgique-Finlande, 4 mars 1927, art. 17 ;
Belgique-Portugal, 9 juillet 1927, art. 16 et 17 ;
France-Suède, 3 mars 1928, art. 15 et 16 ;
France-Portugal, 6 juillet 1928, art. 16 ;
Portugal-Suisse, 17 octobre 1928, art. 16 et 17 ;
Luxembourg-Portugal, 15 août 1929, art. 16 et 17 ;
Suisse-Tchécoslovaquie, 20 septembre 1929, art. 17 et 18 ;
France-Finlande, 28 avril 1930, art. 3 et 19 ;
Norvège-Portugal, 26 juillet 1930, art. 15 et 16.

SECTION SIXIÈME

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS L'ACTE GÉNÉRAL D'ARBITRAGE DU 26 SEPTEMBRE 1928

§ I^{er}. — *Economie générale de l'Acte.*

L'Assemblée de la Société des Nations adoptait, le 26 septembre 1927, une résolution aux termes de laquelle elle priait le Conseil de donner à la Commission préparatoire de la Conférence du désarmement les instructions nécessaires pour qu'il soit créé un comité qui « serait à la disposition de la Commission et aurait pour mission « de poursuivre, sur ses indications, l'étude des « mesures susceptibles de donner à tous les Etats « les garanties d'arbitrage et de sécurité nécessaires pour pouvoir fixer le niveau de leurs armements aux chiffres les plus bas dans un contrat « international de désarmement » (1).

Ce comité fut appelé Comité d'Arbitrage et de Sécurité. Il rédigea trois projets de conventions, complémentaires les uns des autres, pour le règlement des différends internationaux. Il s'agissait, d'après l'intitulé même, de « modèles de conventions de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire ».

Lors de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée de la S. D. N., sa première et sa troisième commissions, respectivement chargées des ques-

(1) *Actes de la huitième session ordinaire de l'Assemblée. Séances plénières*, p. 177 et 178.

tions constitutionnelles et juridiques et des questions relatives aux armements, nommèrent une Sous-Commission de liaison ayant pour mission d'examiner divers fragments du rapport du Comité d'Arbitrage et de Sécurité, et notamment les trois modèles de la convention (1).

Cette Sous-Commission crut préférable d'ajouter au système tripartite du Comité, un système unitaire qui devait amener directement à la rédaction de l'Acte Général (2).

Ce dernier fut « présenté » et « recommandé » aux divers Etats par une résolution de l'Assemblée du 26 septembre 1928 (3).

Cette résolution disait, notamment :

« L'Assemblée,

« Ayant pris connaissance des travaux du Comité d'Arbitrage et de Sécurité :

« 1°... 2°... 3° Constatant que le respect des droits établis par les traités résultant du droit des gens est obligatoire pour les tribunaux internationaux ;

« 4° Reconnaissant que les droits appartenant aux Etats ne sauraient être modifiés que de leur consentement ;

« 5°... 6°... 7°... 8° Invite tous les Etats... à accepter les obligations répondant aux intentions ci-dessus... »

Le rappel des passages suivants de l'Acte (4) suffira à en indiquer l'économie générale :

« CHAPITRE PREMIER. — *De la conciliation.*

« Article premier. — Les différends de toute nature, entre deux ou plusieurs parties ayant adhéré au présent Acte Général, qui n'auraient

(1) *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. Séances des Commissions.* Procès-verbaux de la première commission, p. 11, et de la troisième commission, p. 11.

(2) *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. Procès-verbaux de la première commission. Rapport de la sous-commission de liaison*, présenté par M. POLITIS, p. 57 et suivantes.

(3) *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. Séances plénières*, p. 182.

(4) LEFUR et CHKLAVER. — *Recueil*, p. 990.

« pu être résolus par la voie diplomatique, seront,
« sauf les réserves éventuelles... soumis à la pro-
« cédure de conciliation dans les conditions pré-
« vues au présent chapitre ».

« CHAPITRE II. — *Du règlement judiciaire.*

« Article 17. — Tous différends au sujet des-
« quels les parties se contesteraient réciproque-
« ment un droit seront, sauf les réserves éven-
« tuelles... soumis pour jugement à la Cour Per-
« manente de Justice Internationale, à moins que
« les parties ne tombent d'accord... pour recourir
« à un tribunal arbitral. Il est entendu que les
« différends ci-dessus visés comprennent notam-
« ment ceux que mentionne l'article 36 du Statut
« de la Cour Permanente de Justice Internatio-
« nale (1).

« Article 18. — ... Dans le silence du compromis
« quant aux règles de fond à appliquer par les
« arbitres, le tribunal appliquera les règles de
« fond énumérées dans l'article 38 du Statut de
« la Cour Permanente de Justice Internationale ».

« CHAPITRE III. — *Du règlement arbitral.*

« Article 21. — Tous différends autres que
« ceux visés à l'article 17 au sujet desquels dans
« le mois qui suivra la clôture des travaux de la
« Commission de conciliation visée au chapitre
« premier, les parties ne se seraient pas enten-
« dues, seront portés, sauf les réserves éven-
« tuelles... devant un tribunal arbitral... ».

« Article 28. — Dans le silence du compromis
« ou à défaut de compromis, le tribunal appli-
« quera les règles de fond énumérées dans l'arti-

(1) Les différends que mentionne l'article 36 du Statut de la Cour sont les « différends d'ordre juridique ayant pour objet :

« a) L'interprétation d'un traité ;

« b) Tout point de droit international ;

« c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;

« d) La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international ».

« cle 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. En tant qu'il n'existe pas de « pareilles règles applicables au différend, le tribunal jugera *ex æquo et bono* ».

« CHAPITRE IV. — *Dispositions générales.*

« Article 41. — Les différends relatifs... à la qualification des litiges... seront soumis à la Cour Permanente de Justice Internationale ».

Ainsi, après avoir, dans un premier chapitre, organisé pour tous les différends, quelle que soit leur nature, une procédure dite de conciliation, le traité organise deux règlements, d'une part un règlement dit judiciaire et d'autre part un règlement dit arbitral.

Il résulte du texte qu'aura compétence pour le premier règlement soit la Cour Permanente de Justice Internationale, soit un tribunal arbitral spécial et, pour le second, un tribunal arbitral *ad hoc*.

Le règlement judiciaire, qui vise les différends à propos desquels les parties se contesteraient mutuellement un droit, prévoit qu'au cas de silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer, « le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale ».

Le règlement arbitral, qui vise les différends autres que les précédents, précise que : « dans le silence du compromis ou à défaut de compromis, le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables au différend, le tribunal jugera *ex æquo et bono* ».

C'est cette phrase de l'article 28 qui constitue la clause de jugement en équité de l'Acte Général de Genève.

Nous étudierons successivement la genèse de la clause et l'explication technique qui peut en être donnée.

§ II. — *Genèse de la clause de jugement en équité.*

Les textes préparés par le Comité d'Arbitrage et de Sécurité furent utilisés par la Sous-Commission à laquelle il est fait allusion plus haut.

En présentant le rapport de cette dernière, M. Politis précisa, à propos du futur article 28 du Traité, qu'il avait son origine dans l'ancien article 32 de la Convention A, la première des trois conventions élaborées par le Comité.

Cet article 32 était ainsi rédigé (1) : « Dans le silence du compromis, le tribunal appliquera les règles de fond indiquées dans l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Dans la mesure où le différend n'est pas susceptible d'être réglé par la seule application du droit, le tribunal pourra agir comme amiable compositeur ».

On ne peut mieux faire, pour indiquer comment et dans quel esprit les membres de la commission et de la sous-commission ont abouti à la rédaction de l'article 28, que de citer les commentaires de M. Politis sur l'article 28.

Les Procès-verbaux (2) en donnent l'analyse suivante :

« Ce texte (3) a soulevé de nombreuses discussions en séances plénières et la Sous-Commission l'a examiné avec le plus grand soin.

« Il s'agit de la catégorie des conflits où les parties ne se contestent pas réciproquement un droit ; ces conflits peuvent être simplement des conflits d'intérêt. Il s'agit de savoir quelle est la mission du juge.

« On commence par dire que l'arbitre doit appliquer les règles indiquées dans le compromis, s'il plait aux parties d'indiquer sur lesquelles la sentence doit être fondée. Mais si les parties n'ont pas fixé de règles, on déclare que le tribunal appliquera les règles de fond indiquées dans l'article 38 du Statut de la Cour Perma-

(1) *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. Procès-verbaux de la première commission*, annexe 4, p. 108.

(2) *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. Procès-verbaux de la première commission*, p. 62.

(3) Il s'agit de l'article 28.

« nente de Justice Internationale », c'est-à-dire
« les règles conventionnelles coutumières et, à
« défaut, les principes généraux du droit.

« Dans l'ancien texte, on disait : « Dans la me-
« sure où le différend n'est pas susceptible d'être
« réglé par la seule application du droit, le tribu-
« nal pourra agir comme amiable compositeur ».
« Cette expression « amiable compositeur » a été
« critiquée. Elle a paru à certains imprécise et
« même inexacte. On a rappelé la disposition
« finale du Statut de la Cour, où il est dit que la
« Cour peut, lorsque les parties sont d'accord, sta-
« tuer *ex æquo et bono*. On a engagé la Sous-Com-
« mission à se tenir aussi près que possible du
« Statut de la Cour. C'est ainsi que la Sous-Com-
« mission a adopté la rédaction suivante :

« En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles
« applicables au différend, le tribunal pourra
« juger *ex æquo et bono*. Cela veut dire que, s'il y
« a une règle de droit, elle est obligatoire pour le
« juge, mais que, s'il n'y a pas de règle de droit, il
« peut statuer *ex æquo et bono*.

« M. Politis tient à attirer l'attention sur une
« objection qui a été faite, parce qu'elle peut avoir
« une grande importance au point de vue prati-
« que. On a dit à la Sous-Commission : « Peu
« importe qu'il y ait une règle de droit. En admet-
« tant qu'il y en ait une, le juge statuant d'après
« cette règle n'apaise pas le conflit par sa sen-
« tence. Les rapports restent tendus entre les par-
« ties ».

« C'est en vue de cette hypothèse que quelques
« membres de la Commission, en séance plénière,
« avaient déclaré qu'il faudrait donner, même
« dans cette hypothèse, à l'arbitre, le droit de
« statuer comme amiable compositeur. Il a été
« reconnu à l'unanimité, à la Sous-Commission,
« que ce serait sanctionner le bouleversement des
« relations internationales. Aucun traité ne pour-
« rait subsister, pas même un traité de commerce,
« si, lorsqu'un pays se plaignant de l'application
« d'un traité de commerce par l'autre partie con-
« tractante et allant devant un tribunal, ce tribu-
« nal, après avoir constaté que la partie dont l'ac-
« tion est critiquée, n'a fait qu'appliquer le traité
« de commerce, peut avoir le droit de modifier le

« traité et de dire aux parties : « Désormais, vous
« serez régis par telle règle que je dicte ». Evi-
« demment, en dépit de l'existence d'une règle de
« droit constatée par l'arbitre, un conflit peut sub-
« sister sur le terrain des intérêts ; si les rapports
« viennent à se tendre, il ne reste qu'une voie :
« saisir le Conseil, soit en vertu de l'article 11,
« soit en vertu de l'article 15 du Pacte ».

Un fait essentiel apparaît qui doit être immédiatement dégagé : le jugement en équité dans l'Acte Général n'est pas lié à la nature du différend.

Les rédacteurs du texte ont délibérément voulu que le respect pur et simple de la règle du droit s'impose au juge et à l'arbitre d'une manière tout aussi absolue dans le cas d'un conflit politique que dans le cas d'un conflit juridique. Le passage, cité plus haut, de la résolution recommandant le traité indique, à son tour, une volonté semblable.

§ III. — *Explication technique de la clause de jugement en équité.*

Quel que soit le caractère photographique que nous voulions délibérément garder à cette première partie qui ne vise qu'à être un rappel et un exposé des faits, il n'est pas possible de ne point marquer, dès maintenant, le fort particularisme de la clause de l'Acte Général par rapport aux autres clauses de jugement en équité des divers traités d'arbitrage. Aussi bien il ne s'agit point de résoudre, pour l'instant, les difficultés patentes que recèle le règlement arbitral de l'Acte de Genève, mais plutôt de poser dans tous ses éléments le problème qu'il implique.

L'article qui, dans le règlement arbitral, surprend, dès la simple lecture, est l'article 28 parce qu'il prévoit que certains conflits politiques seront tranchés par application des mêmes règles de droit que celles qui sont proposées à l'article 18 pour les conflits dits juridiques.

Il ne nous appartient point, pour l'instant, de rechercher s'il y a là une habileté politique ou une hérésie juridique ou, dans le cas où ces deux hypothèses seraient simultanément réalisées, s'il con-

venait de sacrifier, sur le point, le juridique ou le politique.

Il n'en reste pas moins que nous pouvons, arrivés à ce point de notre étude et pour des fins strictement pédagogiques, poser les données du problème que constitue le règlement arbitral de l'Acte Général.

Les données du problème sont constituées par les articles 17, 21 et 28 de l'Acte Général.

Il résulte des articles 17 et 21 que sont considérés comme conflits politiques par l'Acte de Genève ceux à propos desquels les parties ne se contestent pas réciproquement un droit.

Il résulte de l'article 28 que les conflits politiques pour lesquels existe une règle de droit applicable seront tranchés par application des règles de fond énumérées à l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. La seule différence entre cette sorte de conflits politiques et les conflits juridiques est que les premiers seront justiciables d'un tribunal arbitral spécial, tandis que les seconds seront tranchés, du moins en principe et sauf accord contraire des parties, par la C. P. J. I. — Par contre, les uns et les autres doivent avoir leur solution par application des mêmes règles de droit. C'est donc légitimement que l'on peut dire que l'article 28 assimile cette fraction des conflits politiques aux conflits juridiques.

Il résulte, en définitive, de l'article 28 que sont conflits politiques ceux pour lesquels il n'existe point de règle de droit applicable.

Tout le problème et toute la contradiction du règlement arbitral sont dans le fait que ce dernier essaie d'associer dans son économie deux conceptions différentes du conflit politique: la conception basée sur l'absence d'une contestation de droits, et celle basée sur l'absence d'une règle de droit applicable.

Un tel effort devait-il être tenté ? Une telle contradiction peut-elle être légitimée ? Des données du problème nous passons alors au problème lui-même, qui sera examiné ultérieurement (1).

(1) La liste des traités d'arbitrage qui ont utilisé l'Acte Général d'Arbitrage et son règlement arbitral comme modèles a été dressée par EUGÈNE BOREL. Voir : *Annuaire 1934*, p. 221.

SECTION SEPTIÈME

LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LE TRAITÉ BULGARO-TURC DU 6 MARS 1929

La Bulgarie et la Turquie signaient à Ankara, le 6 avril 1929, un traité de neutralité, de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage (1).

Ce traité prévoit une procédure de conciliation visant à résoudre les litiges qui pourraient s'élever entre les deux pays. Aucune différenciation, tenant à leur nature, n'est faite entre les diverses contestations qui se trouvent être ainsi toutes soumises à cette procédure préalable (2).

L'article 26 précise ensuite qu'en cas d'échec de la procédure de conciliation le différend pourra, à la requête d'une des parties, « être soumis à la Cour Permanente de Justice Internationale, qui statuera en conformité des principes du droit international ».

Mais l'alinéa 2 du même article ajoute : « Dans le cas où, de l'avis de la Cour, le litige ne serait pas d'ordre juridique, les parties conviennent qu'elle pourra le trancher *ex æquo et bono* si une règle de droit international ne peut pas lui être appliquée ».

(1) Ratifié le 3 décembre 1929. *Publications de la C. P. J. I.*, série D, n° 6, page 341.

(2) L'article 6 de ce traité (*idem*, p. 342) parle de « différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit ». Mais la distinction est sans écho dans l'économie générale du traité et sans intérêt pour notre étude.

On peut donc affirmer que, dans l'hypothèse présente, le jugement en équité est réservé à certains conflits politiques et ne doit fonctionner que dans le cas de lacunes du droit. Par là le traité bulgaro-turc se rapproche de l'Acte Général de Genève. Mais il diffère de ce dernier parce qu'il laisse à la Cour le soin de déterminer la nature de la contestation, au lieu d'apporter dans son texte un critère à appliquer par le juge.

Par ce second caractère, le traité bulgaro-turc se rapproche du traité italo-suisse, tandis qu'il s'en distingue en restreignant le jugement en équité aux seuls conflits politiques pour la solution desquels se poserait le problème des lacunes du droit. Le traité italo-suisse, en effet, ne fait aucune allusion à ce dernier problème.

Ainsi se dégage l'originalité de l'article 26 du traité bulgaro-turc (1) par rapport au traité du 20 septembre 1924 et par rapport à l'Acte Général du 26 septembre 1928.

(1) On peut rapprocher de cet article 26 l'article 21 du traité de neutralité, de conciliation et d'arbitrage signé par la Grèce et la Turquie le 30 octobre 1930. *Publications de la C. P. J. I.*, série D, n° 6, p. 457 et 461.

SECTION HUITIÈME

LE PROBLÈME QUE POSE LA CLAUSE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ DANS LES DIVERS TRAITÉS D'ARBITRAGE

Une lecture, même rapide, de cette première partie montrera suffisamment, sans doute, que la clause de jugement en équité a, dans les traités d'arbitrage d'après guerre, une portée et une signification entièrement nouvelles par rapport à sa portée et à sa signification antérieures et strictement jurisprudentielles.

En effet, dans les traités d'arbitrage d'après guerre, la clause de jugement en équité est devenue une des bases d'une procédure spéciale qui s'oppose à une autre procédure de règlement des conflits (1), qui est la procédure ordinaire basée sur le respect du droit et sur sa seule application. Le jugement en équité est lié, pour sa part, à une procédure extraordinaire qui n'a pas comme raison d'être l'application du droit existant.

La prévision de ces deux procédures a son explication dans la distinction des conflits dits juridiques et des conflits dits politiques.

Le jugement en équité est réservé aux conflits dits politiques ou, tout au moins, à certains d'entre eux.

Il n'est point un seul des traités examinés où la clause de jugement en équité ne soit, en effet, inti-

(1) En ce sens, HABICHT, *Cours 1934*, tome III, p. 281.

mement liée à la notion et à l'existence du conflit politique.

Parfois, la référence est directe et nominale : c'est le cas, par exemple, du traité italo-suisse, qui déclare que dans le cas où, de l'avis de la Cour, le conflit serait politique, il sera tranché *ex æquo* et *bono*.

Parfois, le traité a recours à un critère déterminé du conflit politique : c'est le cas, par exemple, du traité belgo-suédois qui réserve le jugement en équité aux conflits à propos desquels les parties ne se contestent pas réciproquement un droit.

Parfois, enfin, le jugement en équité est réservé aux cas où n'existe point une règle de droit applicable. C'est, là encore, utiliser un des critères proposés pour la détermination du conflit politique.

C'est dire qu'il n'est pas possible de pousser plus loin notre étude sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens sans analyser la notion de conflit politique. C'est cette analyse qui constituera notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

Les conflits politiques

INTRODUCTION

DISTINCTION DE LA QUALIFICATION ET DE LA JUSTICIABILITÉ DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX

L'étude de la notion du conflit politique pose deux problèmes essentiels dont il convient de séparer nettement les données. C'est la pratique même du droit international qui nous amène à distinguer la qualification des différends internationaux, c'est-à-dire leur dénomination de *juridique* ou de *politique*, de leur justiciabilité, c'est-à-dire de leur soumission au juge pour solution.

Nous ne tenons point pour synonymes, en effet, d'une part, les expressions de « conflit justiciable » et de « conflit juridique », d'autre part, celles de « conflit non justiciable » et de « conflit politique » (1).

C'est là une confusion assez fréquente dont nous rechercherons les motifs, avant d'exposer, en

(1) Voir en ce sens ROLIN : *L'arbitrage et le Comité de Sécurité* (R. D. I. L. C., 1927, p. 597), qui cite l'article 13 du Pacte de la S. D. N. comme un exemple de non coïncidence entre la conception du conflit juridique et du conflit justiciable.

second lieu, la légitimité et la nécessité de la distinction de la qualification et de la justiciabilité.

La confusion entre les deux termes peut s'expliquer tout d'abord par le fait qu'à son origine la distinction bipartite des différends internationaux avait pour but de convaincre les Etats qu'existaient des conflits dits politiques qui, par leur nature même, échappaient et ne pourraient que continuer à échapper à la justice internationale (1). Dès lors, il était possible que l'on songe à une identification du conflit politique et du conflit non justiciable.

Cette confusion peut s'expliquer, en outre, par l'emploi dans la littérature anglo-saxonne du terme « justiciable » qui, bénéficiant de son apparence française, a été repris tel quel dans la littérature de langue française et a provoqué, par suite, une nouvelle incertitude de terminologie.

Mais on ne peut oublier, par contre, qu'il n'y a jamais eu, en droit international, coïncidence entre les conflits juridiques et les conflits justiciables ou entre les conflits politiques et les conflits non justiciables (2). Il en est ainsi aujourd'hui tout autant qu'auparavant.

Par ailleurs, et c'est une remarque qui, à elle seule, est dirimante, les deux modes de classement des litiges internationaux, qui sont rapprochés par la commune matière sur laquelle porte leur effort, visent à des buts différents et posent, par suite, des problèmes différents.

(1) Sur ce point, voir *infra*, p. 103.

(2) Voir contre TASHIN : « *No Man's land du droit des gens* », p. 43, note 1. — C'est là une opinion isolée et que l'auteur prétend fonder, surtout, sur le fait que les réserves conserveraient intacte la non justiciabilité du conflit politique. Cette affirmation semble reposer sur une méprise quant au fonctionnement et au résultat de la procédure des réserves. Ces dernières ne jouent point en sens unique et arrivent à atteindre les conflits juridiques tout autant que les conflits politiques. Souvent la réserve aboutit ainsi à rendre non justiciables certains conflits juridiques et certains conflits politiques. Il suffirait pour s'en convaincre de vérifier un exemple pris entre d'autres et de lire, notamment, l'adhésion avec réserves de la France à l'Acte Général d'arbitrage. (*Recueil des traités de la S. D. N.*, vol. CVII, p. 529.)

C'est dire qu'en admettant même une coïncidence, fût-elle durable, entre conflits justiciables et conflits juridiques et entre conflits non justiciables et conflits politiques, il conviendrait encore de distinguer l'étude de la qualification des différends internationaux et celle de leur justiciabilité.

Distinguer un conflit juridique et un conflit politique c'est appliquer un critère matériel ; distinguer un conflit justiciable et un conflit non justiciable c'est appliquer un critère formel.

Nous étudierons donc, dans un premier chapitre, la qualification des différends internationaux, c'est-à-dire la notion même de conflit politique et, dans un second chapitre, le problème de la justiciabilité du conflit politique.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE CONFLIT POLITIQUE

SECTION PREMIÈRE

PORTÉE DE LA DISTINCTION DES DIFFÉREND JURIDIQUES ET DES DIFFERENDS POLITIQUES ET DIVERSITÉ DES CRITÈRES PROPOSÉS.

On rencontre fréquemment, dans la littérature du droit international, d'une part, les expressions « conflit de nature juridique » et « conflit de nature politique » et, d'autre part, l'affirmation suivant laquelle tous les litiges internationaux sont, à la fois, juridiques et politiques. C'est prétendre, d'une part, que la qualification de « juridique » et de « politique » a son fondement dans la nature même du différend et, d'autre part, qu'un même litige international peut cumuler cette double dénomination. Il y a là une apparence de contradiction, pour le moins, qui nous amène à rechercher la base et la portée exacte de la division des conflits interétatiques en « juridiques » et « politiques ».

Il est exact, en un certain sens, que tous les litiges sont et juridiques et politiques (1). Il convient

(1) En ce sens, SCELLE : *Théorie juridique de la révision des traités*, 1936, p. 64 ; SCHINDLER : *Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la S. D. N.*, Cours, 1928, tome V, p. 166.

de vérifier chacun des deux éléments de ce faux paradoxe.

Tous les conflits, en effet, sont juridiques, car on ne peut concevoir un différend qui serait étranger et extérieur au droit. Un quelconque différend et les prétentions concurrentes qui le créent sont dans un certain rapport avec le droit, soit qu'il s'agisse d'un rapport de soumission, soit qu'il s'agisse d'un rapport d'insurrection. En toute hypothèse existe une règle de droit pouvant permettre une solution juridique du conflit, car l'absence même de toute énonciation d'une norme constitue encore une règle : c'est la reconnaissance de la liberté d'action du sujet de droit, ici l'Etat.

Il est donc légitime d'affirmer que tout litige implique un problème d'interprétation et d'application du droit, même si les parties se trouvent d'accord pour lui chercher un autre mode de solution.

Mais tous les conflits sont aussi politiques, car il n'en est aucun qui ne suppose, du point de vue de la vie sociale et par le fait même de son existence, ce que l'on est convenu d'appeler un conflit d'intérêts c'est-à-dire le heurt de forces et de volontés rivales.

Le conflit sera dit juridique lorsque l'accent sera mis sur la question d'application du droit qui est incluse dans tout différend. Il sera dit politique lorsque l'accent sera mis sur le conflit de forces qu'il fait toujours apparaître.

Dès lors, on ne peut nier plus longtemps qu'il n'existe point, à vouloir user d'une terminologie absolument exacte, de conflits qui soient d'une nature juridique ou d'une nature politique. Il n'est pas, en effet, un seul différend international dont soit absent l'un des deux aspects qui viennent d'être dégagés. Par ailleurs, c'est la volonté des parties qui détermine celui des deux qui servira de fondement à leurs prétentions. Ce sont donc, en définitive, les parties qui décident de la qualification du litige, qualification qui n'est en rien le reflet de la nature intrinsèque du conflit.

Cette remarque faite, il convient d'en venir aux critères de distinction que l'on retrouve dans la pratique. Ils sont au nombre de deux. Il est d'au-

tant plus nécessaire de les étudier qu'en définitive c'est à l'un ou à l'autre de ces critères et des concepts qu'ils traduisent que se ramène toute construction de la notion du différend politique.

Dans le premier cas, le litige politique est visé et, dans une certaine mesure, défini, dans le droit positif, par l'emploi de la réserve dite des intérêts vitaux, de l'indépendance et de l'honneur (1). Dans cette hypothèse, la conception du conflit politique repose sur la doctrine dite des droits fondamentaux de l'Etat.

Dans le second cas, le litigé politique est celui à propos duquel les parties en cause ne se contestent point réciproquement un droit (2). C'est la conception locarnienne du conflit politique.

La première théorie est dite traditionnelle et la seconde rationnelle (3). Il convient de les approfondir successivement et de faire un choix.

(1) Voici, par exemple, l'article premier de la Convention d'arbitrage conclue à Londres le 14 octobre 1903 entre la France et la Grande-Bretagne : « Les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux parties contractantes, qui viendraient à se produire entre elles et qui n'auraient pas été réglés par la voie diplomatique, seront soumis à la Cour Permanente d'Arbitrage établie par la Convention du 29 juillet 1899, à La Haye, à la condition, toutefois, qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur des deux Etats contractants et qu'il ne touchent pas aux intérêts des tierces puissances ». (DE CLERCQ : *Recueil des traités de la France*, tome XXII, p. 439.) En réalité, ici, sous l'apparence de réserver certains conflits juridiques, le texte dégage ou appuie une conception du conflit politique dominante à l'époque.

(2) Voir, par exemple, le traité belgo-suédois du 30 avril 1926 analysé plus haut.

(3) Pour l'emploi de cette terminologie, voir GALLUS : *L'Acte général a-t-il une réelle utilité ?* R. D. I., 1931, second semestre, p. 395 et suivantes.

SECTION DEUXIÈME

LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU CONFLIT POLITIQUE

Il convient de préciser, tout d'abord, l'origine historique de cette conception ; nous n'en dégagerons que mieux, ensuite, son fondement juridique et, ces éléments étant réunis, nous pourrons, en troisième lieu, la caractériser.

L'origine de cette doctrine et le but dans lequel elle fut formulée ou soutenue par la diplomatie et par divers auteurs de droit international transparaissent nettement dans la note explicative qui, lors de la Conférence de 1899, fut jointe par la délégation russe à l'article 10 du projet de traité d'arbitrage que cette délégation présenta à la Conférence (1).

Selon les indications de cette note il va sans dire que l'arbitrage obligatoire ne peut pas s'appliquer à toutes sortes de différends. Il est précisé qu'aucun gouvernement n'accepterait de soumettre, préalablement, à l'arbitrage tout conflit international qui risque d'atteindre l'honneur national de l'Etat, ses intérêts les plus essentiels ou encore son territoire (1).

Par contre, il est dit que l'arbitrage obligatoire est un moyen adéquat pour résoudre les mécontentes de petite importance. Il est même indiqué que ce mode pacifique de solution des conflits ne

(1) *The Proceedings of the Hague Conferences. — Translation of official texts. — Conference of 1899. — Publication de la Dotation Carnegie*, p. 808.

peut s'appliquer qu'à cette seconde série de différends internationaux (1).

Enfin, la note précise qu'en introduisant l'arbitrage obligatoire dans la vie internationale des Etats, on doit procéder avec le souci extrême de ne l'étendre que raisonnablement, de manière à ne pas ébranler la confiance qu'il doit inspirer et à ne pas le discréditer aux yeux des gouvernements et des peuples (2).

Cette brève analyse suffit pour montrer dans quelle intention a été affirmée cette théorie dite traditionnelle. Il s'agissait de faciliter la naissance de l'arbitrage obligatoire et d'en assurer les premiers progrès. Pour cela, il fallait fournir des garanties aux Etats et leur donner le sentiment, vrai ou faux, qu'ils n'avaient point à craindre l'emprise croissante de la justice internationale. En résumé, on leur affirmait que les différends qu'ils estimaient essentiels échappaient, par leur nature même, à l'arbitrage afin d'obtenir plus sûrement et plus aisément leur adhésion en ce qui concerne la justiciabilité des conflits secondaires.

La conception traditionnelle du conflit politique ne vise donc point à traduire ce qui est, ou ce que l'on suppose être, la réalité juridique, mais à assurer, dans des circonstances données et à un moment donné, le progrès de la justice internationale (3). En ce sens, on peut dire qu'elle n'est pas une théorie scientifique et qu'elle a, délibérément, été « inventée » dans un but qui est sa seule légitimation possible.

Ce simple rappel d'histoire nous indique, déjà, dans quel sens doit être cherché le fondement juridique de cette conception.

Née pour ménager et pour tromper la souveraineté de l'Etat, la conception traditionnelle du conflit politique n'a point d'autre fondement juridique que cette souveraineté même (4).

(1) *The Proceedings of the Hague Conferences. — Translation of official texts.* — Conférence of 1899. — Publication de la Dotation Carnegie, p. 809.

(2) *Idem*, p. 810.

(3) Voir en ce sens LAUTERPACHT : *La théorie des différends non justiciables en droit international*. Cours, 1930, tome IV, p. 573 et 580.

(4) *Idem*, p. 585.

Il est donc naturel qu'on la trouve exposée chez Vattel, ferme théoricien de la souveraineté. Ce dernier, dans son « Droit des gens ou Principes de la Loi naturelle », et sous le titre symptomatique suivant « Des droits essentiels et des droits moins importants », écrit (1) : « Dans les contestations qui s'élèvent entre souverains il faut bien distinguer les droits essentiels des droits moins importants. On a, à ces deux égards, une conduite bien différente à tenir... On ne peut refuser de s'oublier en quelque sorte soi-même sur des intérêts non essentiels, de faire quelques sacrifices, pour assister les autres et surtout pour le plus grand bien de la Société humaine... Quelle idée aurait-on d'un prince, d'une nation, qui refuserait d'abandonner le plus mince avantage pour procurer au monde le bien inestimable de la Paix ? Chaque puissance doit donc cet égard à la Société humaine, de se montrer facile à toute voie de conciliation, quand il s'agit d'intérêts non essentiels ou de petite conséquence...

« Mais si l'on veut ravir à une nation un droit essentiel ou un droit sans lequel elle ne peut espérer de se maintenir ; si un voisin ambitieux menace la liberté d'une république, s'il prétend la soumettre ou l'asservir, elle ne prend conseil que de son courage. On ne tente pas même la voie des conférences sur une prétention si odieuse. On met dans cette querelle tous ses efforts, ses dernières ressources, tout le sang qu'il est beau d'y verser... »

Il apparaît, dès la simple lecture, que Vattel invoque la division bipartite des différends internationaux pour soustraire les conflits politiques à l'arbitrage, alors qu'aujourd'hui il s'agit, au contraire, d'utiliser cette distinction pour soumettre ces conflits, selon certaines règles spéciales, au contrôle de l'arbitre.

C'est là un progrès assez éclatant pour qu'on le souligne. Mais il n'en reste pas moins, et c'est ceci

(1) Vattel. — *Droit des Gens*, livre II, chapitre XVIII, § 332
Editions de la Dotation Carnegie, vol. I^{er}, p. 522.

qui nous importe à ce point de notre étude, que, pour des fins différentes et même opposées, c'est la même conception du conflit politique, c'est le même critère qui est présenté et utilisé.

Plus récemment, divers auteurs, conservant le même fondement et faisant écho au droit positif de leur époque, ont lié la notion du conflit politique à la doctrine, ou à la prétendue doctrine, dite des droits fondamentaux de l'Etat.

Paul Fauchille, par exemple, écrivit (1) : « Je crois qu'on doit se borner à donner une définition générale des différends d'ordre politique en disant qu'il faut entendre par là tout conflit, même supposant l'examen d'une question de droit, qui met en cause l'indépendance, les intérêts vitaux ou l'honneur national des Etats en litige ».

Aucun doute ne peut donc subsister sur la base qu'il convient de donner à la conception traditionnelle du conflit politique.

Si nous en venons maintenant à l'examen des résultats que donne cette théorie et qui la caractérisent, nous serons rapidement conduits à une conclusion défavorable.

La conception traditionnelle n'aboutit, en effet, qu'à une hiérarchisation des conflits interétatiques suivant leur importance pour l'Etat. Les premiers, c'est-à-dire les conflits majeurs, sont dits politiques ; les seconds, c'est-à-dire les conflits mineurs, sont dits juridiques.

L'aspect essentiel de cette hiérarchie est sa mobilité. En effet, un conflit naissant à propos de la circulation de trains de marchandises, pour reprendre l'exemple qui aurait été fourni à la Conférence de la Paix de 1899 (2), sera, dans une situation internationale normale, au bas de la classification, mais, dans le cas d'une mobilisation générale, pourra être placé dans les sommets de la hiérarchie.

(1) *Annuaire*, 1922, p. 50.

(2) *Idem*, p. 28.

Il est clair, jusqu'à l'évidence, que la caractéristique de ce classement en est aussi la faiblesse essentielle.

Ainsi est précisée la théorie traditionnelle du conflit politique. Elle n'est, à aucun degré, la traduction de la technique juridique et vise à dégager un critère de distinction des différends internationaux basé sur la politique, dont il partage les incertitudes, et non sur le droit.

SECTION TROISIÈME

LA CONCEPTION RATIONNELLE DU CONFLIT POLITIQUE

Suivant la notion rationnelle, ou locarnienne, du conflit politique, est reconnu comme tel tout litige à propos duquel les parties ne se contestent point réciproquement un droit (1).

Il convient, tout d'abord, de pousser plus avant l'analyse de cette formule avant de rechercher, en second lieu, le fondement juridique de la conception elle-même.

Dire qu'est conflit politique tout différend à propos duquel les parties ne se contestent point réciproquement un droit c'est nous fournir une hypothèse de départ qui se subdivise elle-même en deux sous-hypothèses.

Dans un premier cas, en effet, les parties ne se contestent pas réciproquement un droit parce que, volontairement et systématiquement, elles auront placé leur différend en dehors de la règle de droit, pourtant indiscutable et précise, qui avait normalement régi jusque là, et aurait pu continuer à régir, leurs rapports à propos du point litigieux.

Par exemple, les parties, liées par un règlement douanier, voudront régler un conflit douanier, non point par application de ce règlement, qu'elles trouvent inadapté aux circonstances du moment, mais par l'élaboration et la ratification d'un nouvel accord douanier.

(1) Voir, par exemple, le traité belgo-suédois du 30 avril 1926, *supra*, p. 80.

Dans cette première série de cas on peut dire qu'il s'agit, dans le plein sens du terme, d'un conflit de révision du droit. Les parties, estimant que la règle de droit existante ne traduit pas le rapport des forces du moment, veulent résoudre le différend qui les oppose par l'application d'une nouvelle règle de droit qu'il convient préalablement de dégager.

Dans un second cas, les parties ne se contesteront point réciproquement un droit parce que, pour reprendre une expression courante en droit international, il n'y aura point de règle applicable au litige. L'expression : absence de règle applicable au différend, réclame des précisions immédiates. Elle ne veut point dire qu'il existe en droit international un vide juridique quelconque. En effet, la non énonciation d'une règle est encore une règle : elle signifie que la liberté d'action est reconnue au sujet de droit, ici à l'Etat.

Dans cette seconde série de cas, par conséquent, et pour reprendre un exemple de la même nature que le précédent, les parties, que ne lie aucun règlement douanier, se rendent compte que le libre jeu de leurs activités concurrentes, en matière de hausse des tarifs par exemple, est sans autre issue que la force, que la guerre douanière, en un mot, ne peut appeler que la guerre tout court. Elles recherchent une solution pacifique à leur différend, c'est-à-dire travaillent à l'élaboration d'un règlement douanier destiné à poser des règles qui devront, désormais, régir leurs rapports et discipliner leur liberté.

Il ne peut pas nous échapper que, si nous conduisions plus avant l'analyse, le conflit nous apparaîtrait en un certain sens, comme étant identique dans l'une et l'autre série de cas : dans la première sous-hypothèse on révisé un règlement douanier, dans la seconde, la règle suivant laquelle l'activité douanière de l'Etat était libre.

La différence, cependant, est réelle et d'importance : dans le premier cas, il s'agit de rechercher suivant quelles règles va être liée l'activité de l'Etat qui, déjà, auparavant, avait perdu cette liberté ; dans le second, il s'agit de lier l'activité d'un Etat qui jusqu'alors a été libre. Dans le premier cas, il s'agit de remplacer une règle prohibi-

tive de la liberté étatique par une nouvelle règle prohibitive. Dans le second, on remplace une règle permissive par une règle prohibitive.

Le conflit politique, entendu selon la formule locarnienne, présente donc deux aspects. Si nous voulons, en quelque sorte, les étiqueter, nous pouvons utiliser une terminologie qui, selon les indications mêmes de l'un de ses protagonistes, se recommande davantage par les facilités qu'elle donne à l'exposition que par une rigoureuse exactitude (1). Dans le premier cas, on parle de conflits politiques par détermination des Etats, dans le second, de conflits politiques par nature. Les conflits politiques par détermination des Etats correspondent aux conflits dits de révision du droit, les conflits politiques par nature aux conflits relevant du « domaine réservé » ou du prétendu domaine réservé de l'Etat.

Si nous recherchons maintenant ce qui fait l'unité de ces deux aspects du différend, c'est-à-dire, en définitive, le fondement juridique de la conception rationnelle du conflit politique, il n'est pas sans intérêt de citer un passage de Westlake, qui est comme un commentaire ou une définition anticipée du conflit politique entendu selon la formule locarnienne. — Parlant des cas où l'action internationale de l'Etat est politique, ce dernier écrit (2) : « L'action de l'Etat est, dans ces cas, politique, tout comme l'action du pouvoir législatif est politique. Elle se trouve, au regard du droit international, considéré comme un corps de règles, c'est-à-dire comme positif, dans une situation semblable à celle du parlement par rapport à la loi du pays. Si l'action est entreprise, non pas par un Etat unique, mais par un congrès, l'analogie est aussi étroite que possible, si l'on tient compte de la différence de conditions inhérente

(1) DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE. — *Quelques réflexions touchant le règlement des conflits internationaux*, R. G. D. I. P., 1929, p. 416.

(2) WESTLAKE. — *Traité de Droit international*, chap. XIII : « Action politique des Etats », édition de la D. C., p. 317. — Il serait, par ailleurs, plus que téméraire d'affirmer que Westlake acceptait et exposait l'ensemble de la théorie locarnienne du conflit politique. — Cette constatation ne fait qu'accroître l'intérêt du passage ci-dessus cité.

à l'existence de la loi entre Etats n'ayant pas de gouvernement commun. Jusqu'à ce que « le Parlement de l'Humanité » devienne un fait, les Etats ont à réaliser, pour eux-mêmes, ce que les parlements accomplissent pour les individus ».

En résumé, dans cette division rationnelle des différends internationaux, est dit juridique tout litige qui, dans une société plus évoluée, dans une société interne par exemple, relèverait du pouvoir judiciaire, et est dit politique celui qui, dans des conditions semblables, relèverait du pouvoir législatif.

En dernière analyse, cette conception suppose et démontre que l'existence et le fonctionnement, plus ou moins conscients et précisés, des trois fonctions législatives, judiciaire et exécutive, constituent une nécessité biologique pour toute organisation sociale.

La conception locarnienne du conflit politique vise donc à traduire, pour parler la langue de Montesquieu, la nature même des choses. Elle dégage une notion juridique du conflit politique et un critère de distinction des différends internationaux basé sur le droit.

Le choix qu'il convient de faire entre la notion traditionnelle et la notion rationnelle du conflit politique résulte avec suffisamment d'évidence de l'exposé même de ces conceptions pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y arrêter longuement.

D'une part, une théorie traditionnelle dictée par des motifs de politique juridique et qui n'aboutit qu'à une division politique des différends internationaux. D'autre part, une théorie rationnelle qui aboutit à une division juridique des conflits inter-étatiques et vise à traduire les exigences de la technique juridique. C'est donc la seconde conception qui s'impose à nous.

SECTION QUATRIÈME

LA PRETENDUE ABSENCE D'UNE REGLE DE DROIT APPLICABLE ET LE CONFLIT POLITIQUE

La pratique internationale réserve, parfois, le jugement en équité aux cas où il n'existe point de règle de droit applicable (1), c'est-à-dire aux seuls conflits politiques dits par nature. C'est le cas des traités du type du règlement arbitral de l'Acte Général de Genève ou du type du traité bulgaro-turc du 6 mars 1929 (2).

Il convient d'examiner, tout d'abord, la solution que prévoient ces traités pour les conflits politiques dits par détermination des Etats et de dégager, ensuite, la conception du conflit politique qu'implique une pareille solution et que nous aurons à caractériser.

On peut dire que l'économie de ces deux types de traités assimile les conflits politiques par détermination des Etats et les conflits juridiques. Il convient de vérifier cette assimilation et pour le règlement arbitral de l'Acte de Genève et pour le traité bulgaro-turc.

Dans l'Acte Général, la seule différence qui subsiste entre les conflits politiques par détermination des Etats et les conflits juridiques est que ceux-ci doivent être tranchés, en principe et sauf

(1) Nous indiquons une fois pour toutes que nous prenons l'expression « absence d'une règle de droit applicable » dans le sens que nous avons précisé au cours de l'exposé de la conception rationnelle du conflit politique.

(2) Voir *supra*, p. 82 et 90.

accord contraire des parties, par la C. P. J. I., tandis que ceux-là le seront par un tribunal spécial. Mais, les uns et les autres doivent être résolus, et c'est ceci qui importe, par application des règles de fond énumérées à l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. (1).

En résumé, l'Acte de Genève utilise, dans ses articles 17 et 21, la division locarnienne des conflits politiques pour indiquer la juridiction compétente dans chaque cas. Mais il a recours à une toute autre conception quand il indique, dans son article 28, que les conflits politiques par détermination des Etats seront résolus par application des règles de fond énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour. Nous aurons à préciser cette conception.

Dans le traité bulgaro-turc du 6 mars 1929, l'assimilation entre les conflits politiques par détermination des Etats et les conflits juridiques est totale, car non seulement les uns et les autres doivent être résolus par application des règles de droit (2), mais, de plus, c'est la C. P. J. I. qui, en principe, doit avoir à connaître des uns et des autres.

On peut dire que les deux types de convention que nous analysons impliquent une conception spéciale du conflit politique qu'il nous appartient de caractériser et de préciser en examinant, successivement, le résultat de la solution qui est donnée, dans chacun d'eux, aux conflits politiques par détermination des Etats et aux conflits politiques par nature.

La solution donnée, dans le règlement arbitral de l'Acte de Genève, aux conflits politiques par détermination des Etats est la pire des solutions. Elle tend, en effet, à faire naître des espoirs qu'elle ne peut, par la suite, que décevoir. Le conflit est affirmé, d'après les articles 17 et 21, être un conflit politique et, qu'on l'ait voulu ou non, il y a là comme une manière d'assurance préalable qui donne aux parties l'espoir qu'un conflit dont on

(1) Article 28 de l'Acte Général.

(2) Article 26 du Traité.

vient de décélér avec exactitude la nature recevra une solution qui sera en conformité avec cette nature. L'article 28, en résolvant ces conflits par une application du droit existant, brise les légitimes espérances précédentes qu'il eût mieux valu, dès lors, ne point laisser naître (1).

C'est là, d'ailleurs, une objection qui préoccupa les rédacteurs de l'Acte Général. Certains proposèrent que l'arbitre puisse statuer, dans ce cas, avec des pouvoirs d'amiable compositeur. M. Politis, en sa qualité de rapporteur, rappelant ces propositions, déclara (2) : « Il a été reconnu à l'unanimité, à la sous-commission, que ce serait sanctionner le bouleversement des relations internationales ». Il est, en effet, difficilement contestable que l'importance des intérêts en jeu aurait pu amener, dans certaines occasions, si avait été admise la possibilité de révision du droit, un certain « bouleversement » dans les relations internationales. Mais la question reste entière de savoir si un effort pour maintenir systématiquement les règlements existants, effort qui n'est point, heureusement, le fait de toutes les procédures internationales, n'aboutirait pas, avec le temps, à préparer ce bouleversement que l'on craint de consacrer.

En fait, il semble que l'on puisse, légitimement, décélér dans le règlement arbitral de l'Acte de Genève et, surtout dans son article 28, une empreinte victorieuse des pays antirévisionnistes. Gallus (3), dans une défense de l'Acte Général, que l'on s'accorde généralement à reconnaître comme la plus zélée et la plus ingénieuse qui ait été produite, écrit que des nécessités politiques, indépendantes de la volonté des rédacteurs du traité, ont amené ces derniers à « tenir compte » de la conception traditionnelle. C'est là, dans une grande mesure, un euphémisme. C'est de la conception rationnelle que tient compte le traité et

(1) Voir, en ce sens notamment, SCHÜCKING cité par EUGÈNE BOREL. — *Annuaire* 1934, p. 287.

(2) *Actes de la neuvième session ordinaire de l'Assemblée. Procès-verbaux de la première commission*, p. 62.

(3) GALLUS. — *L'Acte général a-t-il une réelle utilité ?* R. D. I., 1931, second semestre, p. 377.

c'est la conception traditionnelle, à laquelle, comme nous allons le voir, se ramène, en effet, l'article 28, qu'applique le traité. C'est la conception rationnelle qui, en servant de base dans le choix des juridictions compétentes, traduit l'apparence, et c'est la conception traditionnelle qui, en dictant les règles de fond applicables aux conflits, traduit la réalité de l'Acte de Genève.

Dans le traité bulgaro-turc, le problème est plus simple : il n'y a même pas l'apparence d'une conformité avec la conception rationnelle.

Si nous en venons, maintenant, au mode de règlement prévu par les deux types de traités pour les conflits politiques dits par nature, l'on doit reconnaître que, dans ces lignes générales et en ce qui concerne les règles de fond applicables, il est conforme à la nature du différend. Il les résout, en effet, par un jugement en équité et non par une application pure et simple du droit existant.

En définitive, sont seuls reconnus comme conflits politiques les conflits politiques dits par nature, c'est-à-dire ceux à propos desquels il n'existe pas, selon l'expression consacrée, une règle de droit applicable, c'est-à-dire ceux à propos desquels l'Etat a conservé entière sa liberté d'action.

Lorsque l'Etat a conservé sa liberté d'action et surtout lorsque, à propos d'un différend, il la souligne, on peut être assuré qu'il s'agit d'un conflit jugé comme important pour la vie et le salut de l'Etat. En fait, sont donc reconnus comme politiques les conflits importants pour l'Etat.

C'est dire l'étroite parenté de ce nouvel aspect du conflit politique et de la théorie traditionnelle. L'un et l'autre n'aboutissent qu'à une énumération dans un ordre hiérarchique. Cependant, la hiérarchie, dans la théorie traditionnelle, a une mobilité (1) due aux circonstances que nous ne retrouvons pas dans la conception basée sur la prétendue absence d'une règle de droit applicable.

(1) Voir *supra*, p. 105.

Par suite, cette dernière conception pourrait être tenue, en un certain sens, pour plus progressive que la conception traditionnelle.

Mais, l'une et l'autre, et c'est ceci qui est essentiel, ne constituent que des divisions politiques des différends internationaux.

Seule la conception rationnelle, à laquelle il convient, par suite, de rester fidèle, nous propose une classification juridique qui traduise les légitimes exigences de la technique juridique.

CHAPITRE II

LA JUSTICIABILITÉ DU CONFLIT POLITIQUE

SECTION PREMIÈRE

LA JUSTICIABILITÉ DE LA QUALIFICATION DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX

Un conflit n'est point politique ou juridique par sa nature même. C'est la volonté des parties qui lui donne l'un ou l'autre de ces caractères (1). Lorsque les plaideurs se trouvent d'accord, soit pour résoudre le conflit par application du droit, soit pour le résoudre par une révision du droit, le problème de la qualification du litige ne présente aucune difficulté.

Mais il peut arriver fréquemment qu'il n'en soit pas ainsi. En effet, le désaccord des parties peut commencer à propos de la prétendue nature du conflit qui les oppose (2). L'un des plaideurs peut demander une sentence basée uniquement sur le droit, tandis que l'autre peut réclamer une décision qui se fonde sur une libre appréciation par le juge des circonstances et des faits et non sur

(1) Voir *supra*, p. 100.

(2) Nous n'examinerons pas le cas où le juge aurait simplement à interpréter le compromis pour préciser la pensée véritable des parties. Nous nous en tenons, dans cet examen, à l'hypothèse du désaccord flagrant, indiscutable et reconnu de tous.

une interprétation, pure et simple, de la règle juridique existante. En résumé, le conflit peut être tenu pour juridique par l'un des deux litigants en même temps qu'il sera présenté comme politique par le second d'entre eux.

C'est en prévision de cette difficulté que de nombreux traités récents ont prévu que les juges du litige ou d'autres auraient, le cas échéant, à indiquer la véritable qualification à donner au conflit. Les traités du modèle du traité italo-suisse du 20 septembre 1924 déclarent que, « dans le cas où, de l'avis de la Cour, le litige ne serait pas d'ordre juridique, les parties conviennent qu'il sera tranché *ex æquo et bono* » (1).

L'Acte Général de Genève précise, dans son article 41, « que les différends relatifs... à la qualification des litiges... seront soumis à la Cour Permanente de Justice Internationale » (2). Les traités du modèle du traité bulgare-turc du 6 mars 1929 déclarent que, « dans le cas où, de l'avis de la Cour, le litige ne serait pas d'ordre juridique, les parties conviennent qu'elle pourra le trancher *ex æquo et bono* si une règle de Droit international ne peut lui être appliquée » (3). L'Institut de Droit International eut l'occasion de faire une proposition de même nature (4).

Il convient, tout d'abord, de marquer quelle est l'importance de la qualification du conflit en ce qui concerne la solution de fond que recevra le différend. Nous examinerons, en second lieu, quels sont les pouvoirs qui doivent être donnés aux juges et exercés par eux pour que leur décision sur la qualification à donner au litige puisse être conforme aux notions même de conflit juridique et de conflit politique. Enfin, en troisième lieu, nous préciserons ce que l'on peut espérer, dans les circonstances actuelles, de cette clause de justiciabilité.

(1) Voir *supra*, p. 78.

(2) Voir *supra*, p. 85.

(3) Voir *supra*, p. 90.

(4) *Annuaire 1922*, p. 36 et 40. D'après ce projet, la règle générale devait être que tous les conflits, en principe, sont « justiciables ». La non justiciabilité du conflit ne devait être acceptée que si elle était reconnue par la Cour Permanente à une majorité des trois quarts.

L'importance de la qualification du conflit est certaine et, en plus d'une circonstance, si essentielle que la décision portant sur cette qualification pourra contenir fréquemment tous les principaux éléments de la décision portant sur le fond même du différend (1).

Imaginons, par exemple, l'hypothèse de deux Etats qu'oppose un conflit douanier. Le premier demande que le conflit soit résolu par application d'une convention douanière existant entre les deux Etats ; le second demande que le conflit soit résolu sur d'autres bases que celles qui résultent de cette convention. Si les juges ayant à résoudre la question préalable de la qualification du différend déclarent que le conflit est politique, il est facile de prévoir, d'abord, que la demande du premier des plaideurs est rejetée et, ensuite, par une lecture minutieuse des considérants, dans quelle mesure la demande du second est retenue et recevra satisfaction.

En toute hypothèse, c'est de la qualification donnée au litige que se déduisent les règles de fond applicables.

A la suite de quel examen et par l'exercice de quels pouvoirs le juge se prononcera-t-il sur la qualité de juridique ou de politique du litige ? Tel est le second point auquel nous en venons maintenant.

Conservons l'exemple d'un conflit douanier. Le juge, s'il n'existe pas entre les Etats en litige de règlement douanier, aura à dire ou bien qu'il convient de s'en remettre entièrement à chaque Etat de sa politique douanière ou bien qu'il convient de fixer des règles limitatives de cette liberté, ou, s'il existe entre les plaideurs une convention douanière, il aura à dire ou bien que cette convention correspond aux nécessités du moment, ou bien, au contraire, qu'il convient d'élaborer un nouveau règlement mieux adapté à ces nécessités.

C'est dire qu'en définitive, dès cette phase préalable du procès, l'arbitre a à examiner l'ensemble et le fond même du différend. Mais il y a plus :

(1) En ce sens, LAUTERPACHT : *The function of law in the International community*, p. 358 et 359.

l'arbitre, dans cet examen, n'opère point, en aucune mesure, un contrôle juridictionnel. Pour dire si un règlement douanier correspond ou non aux circonstances économiques et commerciales qui sont celles existantes au moment du conflit, le juge doit se prononcer sur la politique douanière d'un gouvernement, non point pour en vérifier la légalité et en tant que juge, mais tout comme un économiste, tout comme un expert en matière douanière.

On ne peut nier que le dilemme suivant s'impose dans toute sa rigueur : ou bien la justiciabilité de la qualification implique que l'on donne au juge une mission sans rapport avec sa fonction ordinaire et nettement exorbitante de l'exercice normal de la fonction juridictionnelle ou bien elle ne signifie rien et n'a qu'une apparence d'utilité et d'efficacité. L'exercice, par des juges, de missions extra-juridictionnelles, est assez fréquent, en droit des gens, pour qu'il n'apparaisse plus, par lui-même, comme nécessairement déconcertant (1).

Aussi bien, c'est l'attitude de la Cour Permanente de Justice Internationale devant cette mission spéciale et non cette mission elle-même qui doit retenir, maintenant, notre attention. Il importe surtout, en effet, de préciser ce que l'on peut espérer, dans les circonstances actuelles, de cette clause de justiciabilité.

L'attitude de la Cour Permanente ne fait aucun doute sur ce point et la doctrine est unanime dans ses prévisions. Le doute est, en effet, d'autant moins permis que cette attitude se dégage plus nettement encore de l'activité propre de la Cour. c'est-à-dire de sa jurisprudence, que des dispositions de son Statut ou des traités.

La Cour entend s'en tenir à son rôle de cour judiciaire d'une manière très stricte (2). Sa poli-

(1) Voir *infra*, p. 126 et suivantes.

(2) D. SCHINDLER (*Cours*, 1928, tome V), partant du caractère juridique de la Cour Permanente, conclut que, dans le cas où elle aurait à se prononcer sur la qualification des conflits, devra jouer une forte présomption pour une solution juridique du différend. La qualification de politique ne devrait être accordée à un litige qu'exceptionnellement. Voir p. 29.

tique, si l'on peut employer cette expression, consiste à essayer de mieux assurer son autorité et celle de ses arrêts en ne débordant point le domaine du droit et en ne disant, en toute hypothèse, que ce qu'elle pense être la règle juridique. Plus d'une preuve pourrait être apportée comme caractéristique de cette politique. Une paraît particulièrement topique pour notre étude. Dans son avis numéro 5, à propos de la Carélie Orientale, la Cour déclara (1) : « Répondre à la question équivaldrait en substance à trancher un différend entre les parties. La Cour, étant une cour de justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal même lorsqu'elle donne des avis consultatifs ».

Or, déterminer, en cas de désaccord patent des parties sur la nature du différend, si un différend est juridique ou politique, équivaut « en substance à trancher le différend entre les parties » et non à résoudre une simple difficulté d'interprétation.

La prudence de la Cour ou, selon certains, son manque de fermeté, apparaît jusque dans l'interprétation qu'elle donne du droit, interprétation fréquemment moins hardie que celle des tribunaux d'arbitrage (2). On voit, par là, jusqu'à quel point la Cour est dominée par le souci de ne pas s'engager trop avant et de ménager l'avenir dans toute la mesure du possible.

Toute la jurisprudence de la Cour établit surabondamment que cette dernière ne tranchera pas, en face du désaccord des parties, la question de la qualification. Seul l'artifice de procédure par lequel sera obtenu ce résultat reste imprévisible, dans une certaine mesure.

On pourrait, à première vue, noter qu'un renversement de la politique de la Cour suffirait pour nous amener à des résultats plus heureux et espérer prochain ce renversement. Nous n'entendons point juger, ici, la politique de la Cour Permanente, et cela d'autant moins qu'on ne peut nier que la qualification du différend peut être, en certaines hypothèses, une tâche littéralement écri-

(1) *Publications de la C. P. J. I.* Avis n° 5 du 23 juillet 1923, p. 29.

(2) Sur ce point, voir BASDEVANT, *Cours*, 1936, t. IV, p. 519.

sante pour une cour judiciaire. Il nous suffira de rappeler que, sur ce point qui nous occupe, l'attitude qui vient d'être précisée sera certainement, pendant longtemps encore, celle de la Cour Permanente.

Enfin, il n'est pas jusqu'au caractère strictement facultatif de l'organisation actuelle de la justice internationale qui ne soit parfois utilisé pour nier ou ruiner toute l'efficacité possible de la clause de justiciabilité relative à la qualification des différends internationaux. En effet, la liberté, qui est celle des Etats, de soumettre ou non leurs différends à la justice internationale, entraîne, naturellement, la liberté pour eux de préciser la nature des conflits qu'ils soumettent au juge et les bases de la décision qu'ils attendent de lui.

Dès lors, et sans que, pour l'instant, il y ait lieu de s'essayer à une recherche des responsabilités, on doit constater que la clause de justiciabilité de la qualification des différends internationaux risque fort d'être, selon l'expression du professeur Lauterpacht, dépourvue de toute signification réelle (1).

(1) LAUTERPACHT. — *The function of law in the International Community*, p. 359.

SECTION DEUXIÈME

LE PRINCIPE DE LA JUSTICIABILITÉ DU CONFLIT POLITIQUE

La conception du conflit politique à laquelle nous nous sommes ralliés et qui fait de celui-ci un conflit d'ordre législatif semble, tout naturellement et par elle-même, exiger une solution qui émane d'un pouvoir législatif ou, tout au moins, d'un pouvoir pseudo-législatif. Or, l'expression et la notion de conflit politique n'interviennent, dans les divers textes du droit positif, que pour exempter cette sorte de conflits du contrôle juridictionnel ou, au contraire, pour les y soumettre. C'est dire que, au moins jusqu'à maintenant, le conflit politique, lorsqu'il ne reçoit pas sa solution d'un accord des Etats eux-mêmes ou de la guerre, ne la trouve que dans le fonctionnement du pouvoir judiciaire.

Est-ce qu'un conflit qui, normalement, doit être résolu par le pouvoir législatif peut être utilement résolu par le pouvoir judiciaire ? Est-ce qu'un pareil mode de solution est ou n'est pas, par son principe même, compatible avec la notion de conflit politique ? Telle est la question à laquelle nous devons répondre dans cette section.

Il convient, tout d'abord, de mieux poser le problème qui nous occupe en en précisant les données avant d'exposer, en second lieu, les raisons qui nous conduisent à admettre le principe de la justiciabilité du conflit politique.

Nous n'entendons discuter, dans cette section, que du principe même de la justiciabilité du con-

flit politique. C'est dire que, pour l'instant, nous n'évoquerons ni le problème que pose le choix des règles de fond à prévoir pour la solution effective des conflits politiques, ni celui qu'implique le choix à faire de telle ou telle juridiction internationale pour le règlement de ces mêmes conflits.

En définitive donc, l'énoncé du problème que nous avons à résoudre actuellement est le suivant : en supposant connus et le tribunal international le plus apte à se prononcer sur les conflits politiques, et les règles de fond qui conviennent le mieux à la nature de ces conflits convient-il ou non, ces conditions étant remplies, de soumettre à un juge un conflit qui, normalement, devrait être résolu par le jeu du pouvoir législatif ?

A la question ainsi posée, on peut répondre par l'affirmative. En effet, des raisons d'un ordre plutôt théorique, tout d'abord, et des raisons de fait, ensuite, basées sur la pratique judiciaire internationale, militent en ce sens.

Du point de vue théorique, il convient, d'une part, de poser le problème psychologique et politique que résout au mieux, semble-t-il, dans l'atmosphère internationale actuelle, le principe de la justiciabilité du conflit politique et, d'autre part, de retracer brièvement les considérations de nature sociologique qui viennent appuyer ce même principe.

Les organes internationaux, soit législatif, soit judiciaire, ne peuvent aboutir qu'à un certain contrôle des activités étatiques. L'État, en tant que puissance politique, réagit contre ce contrôle qui, quelles que puissent être, parfois, les apparences, lui est, en réalité, imposé.

Or, la loi est antérieure au différend, dont elle indique, par avance et dans une certaine mesure, les éléments de solution, alors que la sentence termine le procès. — La première est générale alors que la seconde est particulière. — C'est dire que le contrôle législatif serait pour les États plus lourd que le contrôle juridictionnel qui, parce qu'il est, *a posteriori*, du moins en ce qui concerne la solution de fond du différend, contient, jusqu'à l'extrême fin du conflit, une certaine part d'incertitude. Ce dernier fait a été systématisé dans ce

que l'on a appelé la règle du « pari judiciaire » (1) qui joue en faveur du principe de la justiciabilité du conflit politique. Les Etats acceptent qu'un contrôle juridictionnel s'exerce sur des litiges pour lesquels ils refuseraient tout contrôle législatif.

Ainsi, dans l'état présent de la communauté internationale, le principe de la justiciabilité du conflit politique ne peut que faciliter la solution pacifique de ces différends. De ce point de vue, il traduit un souci de politique juridique qu'on peut tenir pour légitime.

Des remarques d'ordre sociologique viennent accroître l'autorité de ce principe. La justiciabilité du conflit politique ne fait que constater l'antériorité de la fonction judiciaire sur la fonction législative dans leur développement respectif. Or, l'étude, du point de vue sociologique, des diverses sociétés primitives révélerait, d'après de nombreux auteurs (2), que, dans le passage de la confusion à la différenciation des fonctions, la fonction judiciaire réalise la première son autonomie. La communauté internationale, par son organisation judiciaire en général et par la justiciabilité du conflit politique en particulier, vérifierait, une nouvelle fois, cette règle qui serait comme une sorte de loi sociologique. La soumission au juge du conflit politique devient alors l'indice et comme la preuve d'un développement normal de la société qui se trouve obéir ainsi à une manière de nécessité biologique pour tout groupement social.

Telles sont les deux explications générales par lesquelles peut se justifier cette sorte de contrôle

(1) LA PRADELLE. — *Cours sur les principes du droit international public*, année 1935-1936. Cours non publié de la D. C.

(2) Voir, par exemple, en ce sens, LE FUR : *Cours*, 1932, t. III, p. 583, et SCELLE : *Théorie juridique de la révision des traités*, p. 66. — Voir *contra*, DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE : *R. G. D. I. P.*, 1934, p. 150. Pour ce dernier, législateur et juge ont toujours coexisté (*idem*, p. 152). En définitive, aucune des deux affirmations n'est étayée sur une forte étude sociologique encore que des efforts aient été faits pour orienter la discussion en ce sens. C'est l'opinion dégagée au texte qui est très nettement dominante dans la doctrine.

juridictionnel portant sur des différends normalement dévolus au pouvoir législatif.

Cette argumentation, quelque peu théorique, est corroborée par l'expérience, déjà longue, que nous fournit, sur ce point, le fonctionnement de la justice internationale.

En effet, si la soumission du conflit politique au juge international est une mesure qui bouleverse la notion et la nature, habituelles et normales, de l'acte juridictionnel, il n'en reste pas moins que la pratique internationale est assez coutumière de ces sortes d'hétérodoxies juridictionnelles.

Le professeur D. Schindler a groupé (1) quelques-uns de ces arbitrages où le soi-disant juge a rempli, en réalité, ou pouvait avoir à remplir, les fonctions d'un législateur ou d'un administrateur international. Cette liste commence en 1864 et nous conduit jusqu'aux traités de paix de la dernière grande guerre.

Trois de ces arbitrages doivent être particulièrement retenus. Dans le premier (2), par une décision en date du 6 juillet 1864, Napoléon III se prononça comme arbitre à propos d'un différend relatif au canal de Suez et qui divisait Ismaïl Pacha, vice-roi d'Egypte, et la Compagnie universelle du canal de Suez. L'arbitre, dans cette espèce, rechercha les bases d'un nouveau contrat destiné à remplacer le contrat antérieur qui liait les parties. Selon le mot de M. Schindler, il eut « moins à juger qu'à statuer par voie réglementaire ».

Le second de ces arbitrages est l'affaire bien connue des pêcheries de la mer de Behring (3), qui opposait les Etats-Unis et la Grande-Bretagne. Les Etats-Unis prétendaient à un droit exclusif de juridiction dans les eaux de Behring et, par suite, avaient fait appréhender des marins anglais en 1886 et 1889, alors que ces derniers se livraient à la pêche au phoque. Le traité, conclu à Was-

(1) SCHINDLER. — *Cours*, 1928, voir p. 274 et suivantes.

(2) LA PHADELLÉ et POLITIS. — *Recueil des Arbitrages internationaux*, tome II, p. 344 et suivantes.

(3) LOUIS RENAULT. — *R. G. D. I. P.*, 1894, p. 44.

hington le 29 février 1892, chargea les arbitres de se prononcer sur ce prétendu droit invoqué par les Américains. L'arbitre se prononça contre cette prétention et en faveur du principe de la liberté de la chasse. L'article 7 du traité précité entra alors en jeu. Il déclarait : « Si la détermination des questions qui précèdent, relativement à la juridiction exclusive des Etats-Unis, laissait les affaires dans un état tel que le concours de la Grande-Bretagne fût nécessaire pour l'établissement de règlements pour la bonne protection et conservation des phoques se trouvant dans la mer de Behring ou la fréquentant habituellement, les arbitres détermineront alors les règlements, qu'il est nécessaire de prendre en commun, en dehors des limites juridictionnelles des gouvernements respectifs, et les eaux sur lesquelles les règlements doivent porter... ». Le règlement de pêche qu'eurent à rédiger les arbitres n'avait aucun rapport avec l'acte juridictionnel normalement entendu et constituait une sorte de législation internationale.

Le troisième de ces litiges donna lieu à ce que l'on a appelé l'arbitrage des Ambassadeurs (1). La Grèce et la Turquie avaient prévu, dans leur traité de paix de 1897, que le régime des capitulations serait maintenu en Turquie au profit de la Grèce. Il devait intervenir, sur la matière, une convention consulaire. A défaut d'entente sur cette convention, le différend devait être soumis pour solution aux représentants des grandes puissances à Constantinople. L'accord des deux intéressés n'ayant pas été possible, une décision des Ambassadeurs intervint effectivement à la date du 2 avril 1901 : cette décision tenait lieu de convention consulaire entre la Grèce et la Turquie. Ici encore émanait des arbitres une décision législative et non judiciaire.

Louis Renault, dans son article sur l'arbitrage de la Mer de Behring, et sous le titre désormais vieilli : « Une nouvelle mission donnée aux arbitres dans les litiges internationaux », se pronon-

(1) Voir POLITIS : *R. G. D. I. P.*, 1902, p. 202 et suivantes ; 1903, p. 69.

çait sur cette pratique des Etats qui allait détourner, dans certains cas, l'arbitrage international, sinon de ses fins naturelles, du moins de ses fins premières.

Il répondait à G. Rolin-Jaequemyns (1), qui avait assez vivement critiqué les clauses extensives des pouvoirs normaux des arbitres. — Il écrivait, à propos de cette dernière clause (2) : « Je ne vois là rien de choquant, je vois au contraire un désir sérieux d'arriver à une solution pacifique, et, sans dire qu'une clause de ce genre doive être généralisée, je ne pense pas qu'il faille la blâmer en termes généraux ». Plus loin, il indiquait brièvement, et à propos du litige particulier qu'il étudiait, ce qui allait devenir la difficulté essentielle ou quasi-essentielle dans la justiciabilité des conflits politiques. Il précisait, en effet (3) : « ... il convient de remarquer que, souvent, les hommes, spécialement compétents par leur situation et leurs connaissances pour trancher la question litigieuse, ne le seront pas au même degré pour élaborer des règlements. Dans l'espèce, pour décider des cinq points posés dans l'article 6 du traité, il suffisait d'être au fait des questions diplomatiques et juridiques ; mais, pour régler la pêche dans la Mer de Behring, il fallait des renseignements d'un caractère particulièrement technique ».

Ces remarques valent encore aujourd'hui. Elles établissent, comme l'exposé théorique antérieur, que la justiciabilité du conflit politique constitue un essai de politique juridique qui ne doit point être condamné *a priori*.

Elles nous amènent, en outre, à considérer la difficulté redoutable qui naît de la différence des problèmes législatifs et judiciaires. Louis Renault apercevait déjà cette dernière dans l'arbitrage de la Mer de Behring et c'est elle qui, aujourd'hui, nous conduit à rechercher si existent ou non des organismes qui soient appelés à être les juges naturels, en quelque sorte, du conflit politique.

(1) ROLIN-JAEQUEMYS. — *R. D. I. L. C.*, 1891, p. 84.

(2) *R. G. D. I. P.*, 1894, p. 48.

(3) *Idem*, p. 50.

SECTION TROISIÈME

LES JUGES NATURELS DU CONFLIT POLITIQUE

Il convient, tout d'abord, de préciser la nature des problèmes qu'implique le conflit politique et de rechercher, en second lieu, si cette dernière n'exige pas qu'un certain choix soit fait pour déterminer les arbitres les plus aptes à connaître les litiges qui nous occupent.

La soumission au juge des conflits politiques ne peut, en effet, nous faire oublier qu'un conflit de cette sorte, et par les questions qu'il implique et par les connaissances qu'il demande, réclame de l'arbitre une toute autre compétence que celle qui naît de la formation professionnelle du juge.

Ainsi que nous l'avons vu (1), le seul problème de la qualification suppose généralement, en cas de désaccord des parties, une appréciation des faits basée sur des considérations techniques d'ordre économique, social ou politique et non pas une étude et une appréciation juridiques de ces faits.

Ceci est encore plus apparent lorsqu'on aborde la solution du conflit lui-même. Reprenons notre exemple du conflit douanier. S'il s'agit d'un conflit juridique, le juge n'aura qu'à apprécier la légalité de la politique douanière d'un gouvernement par rapport à telle ou telle convention internationale. Une telle décision demande à son auteur des con-

(1) Voir *supra*, p. 119 et suivantes.

naissances juridiques mais n'exige point qu'il soit au fait, si ce n'est très généralement, des questions douanières et des conditions du commerce international. S'il s'agit, au contraire, d'un conflit politique sur cette même matière, l'arbitre aura à apprécier les changements intervenus, dans le développement économique et commercial de deux États, depuis tel traité douanier que les parties veulent voir modifier par un règlement nouveau émanant de cet arbitre. Il s'agit alors de régler importations, exportations, contingents, tarifs douaniers. Le juge n'est point, professionnellement, préparé à cette tâche.

La loi, en droit interne, n'est qu'un compromis entre des intérêts rivaux qu'elle laisse tous, plus ou moins, insatisfaits. Toute autre conception n'est qu'une hypothèse d'école toujours plus ou moins irréaliste. Le conflit politique veut une solution qui soit de cette sorte et qui implique la recherche d'un compromis viable entre les prétentions concurrentes des États.

Le conflit politique nécessite donc une manière de recrutement spécialisé dans le choix des arbitres qui auront à le résoudre.

C'est là, aujourd'hui, une nécessité d'autant plus pressante que des institutions internationales, judiciaires et autres, commencent, désormais, à se dessiner nettement. D'une part, en effet, la fonction judiciaire présente, actuellement, en droit des gens, avec la Cour Permanente de Justice Internationale, des garanties reconnues de stabilité et de permanence. D'autre part, l'Assemblée et le Conseil de la Société des Nations, par exemple, constituent de véritables institutions politiques de la communauté internationale.

C'est par rapport à ce développement institutionnel de la société de droit des gens et en fonction des institutions déjà existantes que doit être posée et résolue la question de la détermination des arbitres les plus aptes à connaître des différends politiques.

La pratique a adopté, sur ce point, des solutions assez diverses. Le traité italo-suisse, par exemple, du 20 septembre 1924, prévoit la juridiction de la

Cour Permanente de Justice Internationale pour les conflits politiques comme pour les conflits juridiques. Par contre, l'Acte Général d'Arbitrage du 26 septembre 1928, par exemple, prévoit que les conflits politiques seront soumis à un tribunal d'arbitrage spécial.

Cependant, il semble bien que les divers gouvernements et les juristes qui les représentent, se fondant sur la nature même du conflit politique, aient une tendance générale à retirer la connaissance de ces différends aux divers tribunaux d'arbitrage et cours de justice au profit d'organismes nettement politiques. Rien n'est plus symptomatique à cet égard que les réserves que mirent de nombreux Etats à leur adhésion à l'Acte général de Genève. C'est ainsi qu'il est dit dans l'adhésion de la France (1) : « ... étant entendu que... les différends que les parties ou l'une d'entre elles auraient déferés au Conseil de la Société des Nations ne seraient soumis aux procédures décrites par cet Acte que si le Conseil n'était pas parvenu à statuer dans les conditions prévues à l'article 15 alinéa 7 du Pacte ». Les réserves de l'Italie, de la Grande-Bretagne, de l'Australie, du Canada et d'autres Dominions britanniques contiennent des stipulations qui, en termes à peine différents, visent un but identique (2).

De plus, le gouvernement français, dans des observations qu'il présenta au secrétaire général de la S. D. N., à propos de l'amendement du Pacte, eut l'occasion de préciser le sens de la réserve, déjà claire par elle-même, qui vient d'être citée. Il déclarait alors (3) : « Le gouvernement français... n'entend pas revenir sur les considérations qui ont amené l'Assemblée, lorsqu'elle a établi l'Acte d'arbitrage en 1928, à écarter volontairement de son texte toute référence aux procédures du Pacte, afin de rendre cet Acte également accessible aux Etats non membres et aux Etats membres de la Société. Mais, pour les membres de la

(1) *R. D. I.*, 1931, tome II, p. 407.

(2) *Idem*, p. 407 et 408. Il n'est que juste d'indiquer que les petites et moyennes puissances ont moins aisément recours au Conseil de la S. D. N.

(3) *Idem*, p. 409.

Société des Nations, pour lesquels l'instance de droit commun en matière de conflits politiques est le Conseil, un problème de compétence se pose. Plusieurs gouvernements, et notamment le gouvernement français, ont tenu dans leur adhésion à l'Acte général à marquer par une réserve qu'en cas de conflits politiques l'arbitrage, tel qu'il est organisé par cet Acte, n'était pas une instance concurrente du Conseil, mais une instance subsidiaire, une instance en quelque sorte de second degré, destinée à combler la fissure de l'article 15 (paragraphe 7) ».

Ainsi, l'instance devant le Conseil de la S. D. N. était présentée comme instance de droit commun dans les cas de conflits politiques. C'est là une solution que l'on peut tenir pour satisfaisante à un double point de vue.

Tout d'abord, elle vient faciliter et appuyer la politique de l'organe judiciaire international de droit commun qu'est la Cour Permanente de Justice Internationale. Cette dernière, comme nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler (1), vise à affermir et à conserver son autorité en se maintenant dans son rôle, très strictement entendu, de Cour judiciaire. Cette sorte de division du travail, que suppose la solution proposée, ne peut que confirmer cette politique.

Par ailleurs, il paraît légitime d'affirmer que le Conseil est l'organe, ou un organe, apte à résoudre les conflits politiques. Il n'est pas, en effet, jusqu'à certaines des critiques habituellement dirigées contre le Conseil de la S. D. N. qui ne viennent légitimer la solution à laquelle nous nous rallions. Il est, dès maintenant, quasi-traditionnel de railler les solutions toutes de marchandages et de compromis auxquelles arrive fréquemment le Conseil de la S. D. N. Or, le conflit politique, ainsi que nous avons essayé de le montrer précédemment, réclame des décisions de cette sorte. Le compromis, dans ces cas, est moins le fait des hommes que celui de la nature même des choses.

(1) Voir *supra*, p. 120 et 121.

Nous aurons, plus tard, à propos de certaines constructions de la doctrine (1), à revenir sur la question de l'organisme le mieux préparé à résoudre les conflits politiques. Mais, dès maintenant, est acquis le principe de la juridiction d'un organe politique tel que le Conseil de la S. D. N.

(1) Voir l'*Index* aux mots TRIBUNAL d'Équité et CONSEIL de la S. D. N.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'EVOLUTION DE LA CLAUSE DE JUGEMENT EN EQUITÉ DANS L'EVOLUTION GENERALE DU DROIT DES GENS

Au terme de cette seconde partie, nous savons ce que recouvre la notion de conflit politique et quelles sont les conditions, générales et essentielles, d'une justiciabilité efficace des différends de cette sorte. L'exposé de notre première partie concernant les divers traités d'arbitrage se trouve ainsi comme éclairé et précisé et des formules comme « différends à propos desquels les parties ne se contestent pas réciproquement un droit » ou encore, plus simplement, comme « conflits politiques » ont perdu toute apparence sibylline.

Par suite, nous pouvons, maintenant, dégager, d'une part, ce qui constitue l'unité foncière de la clause de jugement en équité, soit qu'on la considère dans les compromis particuliers d'arbitrage, soit qu'on l'étudie dans les divers traités d'après guerre, et, d'autre part, quelle est l'importance accrue que ces traités donnent aux clauses que nous étudions et la portée nouvelle qu'ils leur accordent.

L'expression « possibilité d'une sentence contraire au droit » et celle, plus juridique, de « pouvoirs d'amiable compositeur », par lesquelles nous avons résumé et synthétisé les conclusions de notre exposé jurisprudentiel, sont encore valables pour rendre compte des pouvoirs qu'implique la clause de jugement en équité lorsqu'elle est relative à un conflit politique. Il est, en effet, à peine besoin de rappeler que le conflit politique, par ce qu'il est de nature législative, suppose, pour celui

qui est appelé à le résoudre, la possibilité de donner une solution qui ne soit point conforme au droit existant.

En toute hypothèse, la clause de jugement en équité confère donc à l'arbitre des pouvoirs d'amiable compositeur. C'est en ce sens que l'on peut parler d'une unité de but des clauses de jugement en équité.

Cependant, cette unité ne doit pas nous cacher tout ce qu'il y a de nouveauté, relativement aux clauses d'équité et à leur portée, dans les traités de l'après guerre. De ce point de vue, l'histoire de la clause de jugement en équité est comme un microcosme qui enregistre et reproduit l'évolution et les progrès de la société internationale elle-même. Avant guerre, la clause d'équité ne figure que dans des compromis particuliers d'arbitrage. Elle apparaît alors comme étant le fait d'une société où n'existent pas, pour le règlement des divers conflits internationaux, de véritables procédures pacifiques différenciées et offrant quelque permanence. Après guerre, la communauté internationale connaît un sérieux progrès, notamment sur le plan institutionnel. Un tribunal de droit commun, véritablement judiciaire, se précise avec la Cour Permanente de Justice Internationale, tandis que des institutions politiques naissent avec, par exemple, l'Assemblée et le Conseil de la S. D. N. La clause de jugement en équité se raréfie, alors, dans les compromis particuliers et est, toujours plus fréquemment, liée au conflit politique, c'est-à-dire au difficile problème que pose la carence d'un organe législatif international. Ainsi la clause d'équité est étroitement mêlée au développement institutionnel de la société de droit des gens, en reçoit directement les premiers échos et y participe.

Dans ce second stade de son évolution, la clause de jugement en équité apparaît nettement comme conduisant à une décision tenant à la fois de l'acte législatif et de l'acte juridictionnel. Ce n'est point assez dire : elle constitue, en définitive, un véritable ersatz de la fonction législative. C'est que, en effet, ses rapports avec la fonction législative

sont plus réels et plus profonds que ceux qu'elle a avec la fonction judiciaire.

La solution *ex æquo et bono* a l'apparence de la décision juridictionnelle. Ceci tient notamment au fait que l'une et l'autre sont particulières, non générales, et, en outre, à ce que, dans plus d'une convention d'arbitrage, c'est la même autorité judiciaire qui a compétence dans les deux cas (1). Mais c'est là une similitude purement formelle, comme les critères même sur lesquels repose cette ressemblance.

Par contre, en ce qui concerne le fond même de la solution donnée au litige, la décision *ex æquo et bono* se rapproche de l'acte législatif. Ceci ressort de la notion même de conflit politique.

En résumé, les critères communs qui rapprochent la clause de jugement en équité de l'acte juridictionnel sont des critères purement formels, alors que ceux qui la relient à la fonction législative sont des critères matériels qui touchent à l'essence même des problèmes.

C'est de cette analyse que doit partir toute étude plus précise sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens.

Cependant, avant de pousser plus loin ce travail, nous devons rechercher les enseignements qui peuvent découler de divers droits positifs internes, où des procédures quelque peu semblables par leur but ou leur résultat à celle que nous étudions ont joué un grand rôle, ainsi que ceux que peuvent nous apporter les diverses constructions doctrinales qui, en droit des gens, sont relatives au problème qui nous occupe. Ce sera le but de notre troisième partie.

(1) C'est ce que prévoit, par exemple, le traité italo-suisse du 20 septembre 1924, qui constitue un modèle fréquemment utilisé. Voir *supra*, p. 78.

TROISIÈME PARTIE

Les enseignements du droit positif interne et de la doctrine de droit des gens

INTRODUCTION

LES DIVERSES PROCÉDURES ET CONSTRUCTIONS DOCTRINALES À EXAMINER

Avant d'en venir aux remarques qui concerneront, successivement, notre exposé de droit positif interne et notre examen de la doctrine en droit international, il convient de justifier le rapprochement, dans une même partie, de ces deux études qui peuvent, à première vue, paraître fort éloignées l'une de l'autre par l'absence de similitude des matières sur lesquelles elles portent. Deux raisons nous paraissent légitimer leur commune présence dans cette troisième partie. D'une part, en effet, le droit positif interne et la doctrine de droit des gens, n'ont pour le droit international, en général, et pour le problème particulier qui nous occupe, qu'une valeur indicative, et cela, déjà, ruine tout ce qu'il y avait d'essentiel dans leur différence. Ni l'un ni l'autre n'ont, en notre matière, valeur obligatoire et chacun d'eux n'est pour nous qu'un outil de travail. D'autre part, certaines propositions doctrinales ont puisé leur inspiration première dans des expériences de droit

interne (1), et cela nous paraît justifier définitivement la construction de notre partie.

Notre examen de droit positif nécessite quelques remarques préalables relatives aux diverses procédures qui pouvaient se recommander à notre attention.

Nous avons retenu, pour notre premier chapitre, l'analyse du droit prétorien de Rome et de l'équité anglaise. Il n'est pas sans intérêt, sans doute, d'indiquer pourquoi nous avons écarté, comme n'entrant pas dans le cadre que nous nous sommes tracés, l'étude des pouvoirs que donne au juge l'article premier du Code civil suisse ainsi conçu :

APPLICATION DE LA LOI. — *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ces dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*

Quelles que puissent être, à première vue, les apparences, cet article ne fait que faciliter, comme le laisse entendre la notice marginale qui a la même valeur législative que l'ensemble du texte, le travail habituel d'interprétation et de construction du juge. C'est ainsi que la doctrine l'avait primitivement accueilli (2), et c'est ce qui ressort des études intervenues plus tard et se basant sur l'utilisation de cet article par la jurisprudence (3). Le texte a épargné à ceux qui l'appliquaient certaines constructions hardies auxquelles, ailleurs, le juge

(1) C'est ainsi, par exemple, que la proposition d'un Tribunal International d'Équité émanant du N. C. I. semble devoir s'expliquer, au moins partiellement, par l'expérience faite, en droit interne anglais, des juridictions d'équité.

(2) FRANÇOIS GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, seconde édition, tome II, p. 308 et suiv.

(3) CLAUDE DU PASQUIER. — *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, dans Recueil de Travaux offert par la Faculté de Droit de Neuchâtel à la Société Suisse des Juristes, 1929, p. 219 et suivantes.

a dû avoir recours. Il n'a pas donné lieu à un véritable effort de nature législative.

Dans notre exposé de la doctrine, qui constitue notre second chapitre, nous étudions les diverses propositions relatives à la création, en droit international, d'une juridiction d'équité. Nous nous attachons, dans une première section, aux constructions qui conçoivent le tribunal d'équité comme lié à une instance juridictionnelle, ordinaire et normale, dont il est, en quelque sorte, complémentaire, et, dans une deuxième, à celles qui le présentent comme absolument distinct de cette dernière.

Il est, enfin, une terminologie, fréquente en droit international, qui pourrait prêter à quelque confusion et dont nous devons, par suite, préciser le sens. La doctrine parle de jugement en équité *præter legem* et de jugement en équité *contra legem*. Ceux pour qui le droit n'est pas immanent à la vie sociale et qui croient à l'existence de lacunes, pour reprendre l'expression consacrée, dans le droit, donnent volontiers pour mission au juge et pour rôle à l'équité de suppléer à ce soi-disant absentéisme du droit en comblant cette sorte de vide juridique. Le jugement en équité *præter legem* viserait à ce but. Par contre, le jugement en équité *contra legem* pourrait conduire à une décision contraire au droit et nécessiterait, pour cela, une autorisation spéciale et explicite des parties en ce sens (1).

Le mot « jugement » ne doit pas induire en erreur et faire croire que les deux applications de l'équité ainsi précisées reposent, l'une et l'autre, sur une clause de jugement en équité.

En effet, soit que l'on croit à une défaillance du droit lui-même, soit que l'on pense qu'il n'y a de défaillance possible que dans ses procédures d'élaboration ou de constatation, l'équité, dans la mesure où elle vise à résoudre l'une ou l'autre de ces difficultés, est, pour reprendre la résolution de

(1) En ce sens : LE FUR. — *Précis de droit international public*, n° 863, p. 474 et 475. A propos de l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. et dans le même sens HABICHT : *Cours*, 1934, tome III, p. 300 et 305.

l'Institut de Droit International du 1^{er} septembre 1937, « normalement inhérente à une saine application du droit » (1). De ce point de vue, l'équité joue son rôle sans qu'il soit besoin d'une clause de jugement en équité dans le compromis ou la convention d'arbitrage. C'est en ce sens que l'on a pu dire que le juge est toujours un ministre d'équité sans qu'il soit besoin d'une indication particulière pour cela. Nous étudions, dans cet ouvrage, ainsi que nous l'avons indiqué dès notre introduction générale, la portée de la clause de jugement en équité et non les diverses utilisations qui peuvent être faites de la notion d'équité. Encore était-il, sans doute, utile de préciser que le jugement en équité *præter legem* est absolument indépendant de l'existence ou de l'absence d'une clause de jugement en équité et se rattache au problème, que nous n'étudions point ici, du rôle de l'équité en droit des gens.

(1) Voir le texte complet de cette résolution, *supra*, page 7, note 3.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT INTERNE

SECTION PREMIÈRE

LE DROIT PRÉTORIEN A ROME

Il convient, tout d'abord, de retracer la formation du droit prétorien à Rome avant d'en venir aux remarques, ayant quelque intérêt pour notre étude, que peut nous suggérer ce mode de création du droit.

Deux événements essentiels marqueront, dans ce bref historique de la procédure romaine, l'apparition, ou la constatation, d'un nouvel état des choses : il s'agit de la loi *Æbutia* et de la codification des édits prétoriens qui intervint, beaucoup plus tard, sous le règne d'Hadrien.

Antérieurement à la loi *Æbutia* les magistrats judiciaires, notamment les préteurs, urbain et pérégrin, ne peuvent, en principe (1), à cette épo-

(1) On s'accorde généralement à reconnaître que, dès cette époque, en fait, les préteurs pouvaient suppléer à certaines insuffisances du droit civil par l'exercice de leurs pouvoirs généraux de police et grâce à des procédés tels, par exemple, que la *missio in possessionem* ou les interdits. (GIBARD : *Manuel de droit romain*, huitième édition, p. 43.) En outre, une controverse subsiste sur le fait de savoir si le préteur, antérieurement à la loi *Æbutia*, avait ou n'avait pas, dans certaines hypothèses déterminées, le droit de refuser son appui à la *legis actio* (*denegare legis actionem*).

que, s'engager, au moment de leur entrée en charge, à donner telle ou telle action que la loi ne prévoit pas ou à refuser telle ou telle autre qu'au contraire la loi accorde. A ce moment donc, le préteur veille à la stricte application du droit.

La loi *Æbutia* crée, à côté des actions de la loi, une procédure nouvelle dite formulaire. D'après cette dernière, c'est le magistrat, le préteur par exemple, et non plus les parties, qui lie le procès et « en rédige le programme pour le juge » (1). Ce programme est la formule, c'est-à-dire un écrit que donne le magistrat et qui contient la désignation du juge ainsi que l'indication de la question que ce dernier aura à résoudre. Plus d'un siècle après cette première réforme, deux autres lois, dites *leges julix*, vinrent abroger la vieille procédure des actions de la loi (2).

Le fait caractéristique et essentiel est que la formule délivrée par le magistrat, par le préteur pour conserver notre exemple, ne suppose pas nécessairement l'existence d'une *legis actio* sanctionnant la même prétention que cette formule. Le préteur, en effet, peut, d'une part, étouffer le droit fondé sur la loi en refusant la *legis actio* et en n'accordant pas de formule corrélative, d'autre part, créer un nouveau droit en accordant des formules ne correspondant qu'imparfaitement ou en rien aux règles de droit existantes. C'est là une pratique qui se développe rapidement et qui donne une importance toute nouvelle à l'édit d'entrée en charge du magistrat.

Cet édit devient, en effet, comme on l'a dit, le « programme » de la politique judiciaire que le nouvel élu entend suivre : il contient la nomenclature des formules qui seront accordées aux plaideurs. Il est divisé en deux parties : la *pars translaticia*, qui reproduit les formules accordées par les magistrats antérieurs et sur lesquelles le nouvel élu n'entend pas revenir, et la *pars nova*, qui contient les formules nouvelles que ce dernier promet d'accorder. Ainsi sont assurés un mini-

(1) GIRARD, *op. cit.*, p. 1.055.

(2) *Idem*, p. 1.058 et 1.059.

mum de stabilité du droit en même temps que son adaptation à des conditions nouvelles.

En définitive, donc, d'une manière indirecte et détournée, puisque c'est par un moyen de pure procédure, le préteur crée, en fait, un droit nouveau.

Ce droit nouveau, appelé droit prétorien, ou, plus généralement, droit honoraire, est établi, selon l'expression si souvent citée de Papinien (1), pour seconder, compléter ou corriger le droit civil préexistant.

Il est clair que seul un régime politique à base de liberté pouvait laisser à ses magistrats judiciaires un pouvoir de cette importance et de cette nature. Aussi bien, dès l'établissement du Principat à Rome, alors que subsistent encore, avec leur ancienne apparence, les institutions qui avaient permis cette évolution constante du droit, les magistrats perdent, en fait, leur indépendance et, avec elle, leur esprit d'initiative.

D'une part, la *pars translaticia* des édits devient, à chaque fois, plus importante par rapport à la *pars nova*, toujours plus réduite.

D'autre part, la *pars nova* n'est plus le fruit de la création spontanée du magistrat, mais des instructions qui lui sont envoyées par les autorités supérieures, notamment par le Sénat.

Ainsi se crée un état de fait que la codification des édits, intervenue sous le règne d'Hadrien, vient simplement constater et légaliser. Cette réforme ne supprime pas l'édit, mais en impose le modèle au magistrat. Selon certains auteurs, le pouvoir d'ajouter une *clausula nova*, qui était, à l'époque, beaucoup plus apparent que véritable, aurait même été retiré au préteur (2).

Dès lors, on peut dire que la procédure formulaire, qui avait abouti à une des institutions les plus curieuses et les plus vivantes du droit romain, avait perdu tout ce qu'il y avait eu d'essentiel en elle.

(1) *Jus prætorium est, quod prætores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.* (Cité par GIRARD, *op. cit.*, p. 45.)

(2) Voir notamment en ce sens GIRARD, *op. cit.*, p. 59.

Telle est, brièvement retracée, l'histoire d'un mode de création du droit dont il convient, maintenant, de dégager et de préciser les aspects qui peuvent être utiles pour le progrès de notre étude.

Les remarques que nous serons ainsi amenés à faire concerneront, d'une part, la nature des pouvoirs utilisés par le magistrat, c'est-à-dire la fonction, et, d'autre part, la qualification qu'il convient de donner aux magistrats judiciaires romains d'après le principe de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire l'institution.

La loi *Æbutia*, que ses auteurs l'aient voulu ou non, a ouvert au magistrat romain la voie des réformes législatives (1). Ce fait est d'autant plus apparent que le préteur, créant un droit nouveau, n'agissait point à propos d'un litige précis formant peu à peu une manière de jurisprudence qui serait née des solutions données à une succession de conflits particuliers. Il se prononçait, dans son édit d'entrée en charge, par voie générale et, par là, son action se rapprochait, jusque dans la forme, de l'action législative.

Ainsi le magistrat romain apparaît comme une manière de législateur et, par là, se trouve dans une situation assez semblable à celle de l'arbitre international se prononçant en vertu d'une clause de jugement en équité. D'ailleurs, c'est là une assimilation que l'on retrouve, assez généralement, dans la doctrine de droit des gens.

La doctrine considère, en outre, parfois que le droit prétorien constitue un cas typique de création du droit par le juge. C'est là se méprendre sur la nature même de l'organisation politique de l'ancienne Rome. Cette organisation ne connaissait pas la séparation et la spécialisation modernes des pouvoirs et des fonctions (2). L'origine des pouvoirs du préteur était, en effet, double. D'une part, il avait la *jurisdictio*, c'est-à-dire le pouvoir de mettre une affaire en l'état d'être instruite, du point de vue judiciaire, et jugée par le *judex*. Mais, d'autre part, il avait l'*imperium*,

(1) *Idem*, p. 43.

(2) COLLINET et GIFFARD, — *Précis de droit romain*, troisième édition, p. 64.

c'est-à-dire le pouvoir de commander, qui lui venait du fait qu'il était élu par le peuple. Cette analyse vaut pour tous les principaux magistrats judiciaires de l'ancienne Rome.

Elle montre assez l'origine hybride de leur fonction qui est, par certains aspects, politique, dans la mesure où l'on peut judicieusement user de ce vocabulaire, et judiciaire par d'autres. Si l'on voulait rechercher, dans les institutions romaines, l'existence d'une fonction juridictionnelle, au sens précis qu'ont aujourd'hui ces termes et qui est celui dans lequel nous les avons pris tout au long de ce travail, on ne pourrait, semble-t-il, que constater son absence. Pour la retrouver, en effet, il faudrait, sans doute, la construire en utilisant essentiellement les fonctions du *judex* et une partie de celles du préteur. En tout cas, et c'est ceci qui nous importe, ce n'est que tout à fait inexactement que l'on a pu assimiler, parfois, le préteur à un juge, au sens généralement donné à ce mot (1). L'indifférenciation des fonctions est trop évidente, la confusion des pouvoirs trop réelle et trop poussée pour que l'on puisse démêler sûrement si le droit prétorien est dû au caractère judiciaire ou, au contraire, au caractère politique du magistrat qui l'a créé.

En définitive, ce rapide examen de certaines procédures du droit romain nous a montré seulement que le fait d'assurer la fonction législative par des moyens détournés et par des sortes de succédanés du pouvoir législatif se retrouve dans les plus anciens systèmes juridiques.

(1) « Le préteur romain n'est pas entièrement comparable au juge. Il reçoit, en effet, du peuple le jour de son élection *l'imperium* qui fait défaut à nos magistrats ». Cuq. — *Institutions juridiques des romains*, 1928, p. 20.

SECTION DEUXIÈME

L'ÉQUITÉ ANGLAISE

Étant donné le but de ce travail, notre étude de l'équité anglaise, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, consistera essentiellement à rechercher l'origine et l'étendue des pouvoirs dont ont bénéficié le chancelier et la Cour de la Chancellerie, qui ressent les pièces maîtresses de l'édifice judiciaire anglais en la matière (1).

Il convient de retracer, tout d'abord, la naissance et le développement de la juridiction d'équité du chancelier et d'essayer, ensuite, de préciser les enseignements qui peuvent se dégager de cette institution et de son évolution.

L'équité anglaise ne naquit qu'à la suite d'accidents historiques qu'il convient de résumer brièvement, car ils éclairent fort utilement notre sujet.

Vers le douzième siècle, pour ne point remonter inutilement plus avant, les conflits entre particuliers étaient résolus, en Angleterre, par l'application de la Common Law, qu'il importe de caractériser au double point de vue de sa procédure et de ses règles de fond.

Cette Common Law était mise en jeu au moyen d'actions entreprises par la partie qui s'estimait lésée contre son adversaire et portées devant la Cour Royale. Ces actions ne pouvaient débiter, en principe, que par l'émission préalable d'un writ. Le writ, selon la définition qu'en donne

(1) L'équité anglaise a, cependant, connu quelques développements secondaires en dehors de la Chancellerie. — Voir sur ce point, LÉVY-ULMANN : *Eléments d'Introduction Générale à l'Étude des Sciences Juridiques. Le système juridique de l'Angleterre*, tome I^{er} : *Le système traditionnel*, p. 451.

Blackstone (1), était « un mandat par lettre émanant du Roi, sur parchemin, scellé de son grand sceau et adressé au shériff du comté où l'acte contraire au droit est commis ou supposé l'avoir été, enjoignant au shériff d'ordonner au coupable ou à l'accusé, soit de faire droit au plaignant, soit, à défaut, de comparaître en Cour de Justice pour répondre de l'accusation portée contre lui ». Le demandeur s'adressait, pour obtenir le writ, au chancelier, « gardien officiel du Grand Sceau » (2), qui, à raison même de sa charge, conservait le registre contenant une manière de nomenclature des divers writs qui pouvaient être accordés. Ou bien la prétention du demandeur correspondait à un modèle de writ et, dans ce cas, le chancelier lui délivrait un de ces derniers, ou bien il n'en était pas ainsi, et, dans cette hypothèse, le chancelier ne délivrait pas cet ordre de comparution que constituait le writ ; aucun recours n'était, alors, possible à l'appui de la prétention du demandeur.

Durant cette première période, qui va, au moins, jusqu'au milieu du treizième siècle, grâce à « une grande et libérale lignée de juges » (3), le registre des writs, que le chancelier tenait à jour, s'accrut sans cesse. Mais, sous l'influence de forces conservatrices, et notamment des Barons, cette émission, toujours possible de writs nouveaux fut considérée, peu à peu, comme dangereuse et, finalement, tomba en désuétude. La Common Law devint, dès lors, un système rigide qui, bientôt, apparut comme figé. Le résultat fut que, de plus en plus fréquemment, un individu, indiscutablement lésé, se trouva, cependant, sans recours et action contre celui qui lui avait nui.

Celui qui subissait ainsi un préjudice dont il ne pouvait obtenir réparation fit alors appel à la « grâce et charité du Roi » (4). En fait, c'est le chancelier qui assura l'examen des multiples péti-

(1) Cité par LÉVY-ULMANN (*op. cit.*, p. 137), auquel nous empruntons la traduction.

(2) *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, dix-neuvième édition, traduction française, p. 51.

(3) *Idem*, p. 52.

(4) *Idem*, p. 53.

tions qui furent ainsi formulées et qui, dans la suite, lui furent adressées directement.

Lorsque la réclamation lui paraissait légitime, le chancelier délivrait un writ *sub poena*, c'est-à-dire un ordre de comparution sous peine d'amende, contre celui que désignait le demandeur. Ayant ainsi assuré la présence des parties, le chancelier tranchait le différend. Très vite, il suppléa par ses décisions à la rigidité de procédure et de fond qu'avait acquise la Common Law. Il sanctionna de nouvelles prétentions de plaideurs et, par là, aboutit à la création d'un droit nouveau. Ainsi se créa et se développa un droit d'équité opposé à la traditionnelle Common Law.

De vives querelles opposèrent les Cours de Common Law et la Chancellerie. Dès 1616, Bacon obtint de Jacques I^{er} un décret proclamant la suprématie de l'Equity dans les matières où il y avait conflit (1). Par ailleurs, une modification se produisit dans le choix des chanceliers. A l'origine, ils étaient pris parmi les plus hautes personnalités ecclésiastiques du royaume. Le chancelier était le confesseur du Roi. A partir de la seconde moitié du seizième siècle les chanceliers furent choisis parmi les juristes (2). Un nouvel esprit commença à animer la Chancellerie et la Cour de la Chancellerie. Les précédents prirent une importance nouvelle, à peu près semblable à celle qu'ils avaient déjà en matière de Common Law (3). La procédure et les règles de fond furent systématisées et se fixèrent. Désormais, selon la forte expression de M. Friedmann, l'équité fut « cristallisée » (4) ; elle apparut, dès lors, comme un nouveau système de droit, formant une partie du droit anglais au même titre que la Common Law.

Enfin, intervint le célèbre Judicature Act de 1873, qui résolut, d'une part, l'opposition entre les règles de l'Equity et de la Common Law et, d'au-

(1) Décret du 26 juillet 1616. — STEPHEN, *op. cit.*, p. 62. — FRIEDMANN : *The Contribution of English Equity to the idea of an international Equity Tribunal*, p. 9.

(2) FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 8 et 9.

(3) Ce serait là, pour M. LÉVY-ULLMANN, une règle récente, *op. cit.*, p. 545.

(4) *Idem*, p. 10.

tre part, le conflit entre les juridictions d'Equity et de Common Law. D'une part, en effet, renouvelant le décret de 1616, l'Act précise qu'en cas de différence entre les deux systèmes, ce sont les règles de l'Equity qui doivent l'emporter (1). — D'autre part, l'Act donnait compétence aux diverses chambres de la Cour Suprême pour appliquer, à la fois, les règles de Common Law et d'Equity : ainsi était résolu le conflit des juridictions (2).

Telle est, schématisée et résumée, l'évolution de l'Equity anglaise. Il convient de préciser les enseignements qui peuvent s'en dégager pour notre étude au double point de vue, d'une part, de la nature des pouvoirs dont usa le chancelier pour créer ce droit d'équité, et, d'autre part, de la qualification qu'il convient de donner au chancelier d'après le principe de la séparation des pouvoirs. En définitive, il s'agit de rechercher de quelle fonction relève ce droit d'équité et à quelle institution, judiciaire ou autre, il doit sa naissance et son développement.

On peut affirmer, à propos du premier point, qu'il en est de l'Equity anglaise comme du droit prétorien de Rome. A l'origine, l'un et l'autre permirent, soit au chancelier, soit au préteur, d'opérer de véritables réformes législatives. Le chancelier, par l'octroi de writs nouveaux, s'efforça de remédier à la paralysie du système juridique existant en essayant de l'adapter aux circonstances et conditions nouvelles. En ce sens, il fit office de législateur.

Par ailleurs, et pour en venir au second point, il est essentiel de préciser le rôle exact du chancelier à l'origine de l'Equity. Dans les débuts, les pétitions des plaideurs insatisfaits sont adressées au roi lui-même. Cela, déjà, est symptomatique. Très vite, cependant, c'est au chancelier que sont envoyées les réclamations, étant donné qu'en fait c'est lui qui les examine.

Mais les fonctions du chancelier sont, au moins doubles (3). D'une part, il est le chef de l'adminis-

(1) STEPHEN, *op. cit.*, p. 50.

(2) *Idem*, p. 65.

(3) En ce sens voir FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 4 et 5.

tration judiciaire royale. Il est gardien du sceau, et lorsqu'il l'imprime sur un writ c'est qu'il a vérifié la conformité de ce dernier avec un de ceux qui figurent sur la liste des « Original Writs ». De ce point de vue, on peut le considérer, au moins, comme un auxiliaire direct de la justice. Mais, d'autre part, c'est en vertu d'un pouvoir tout différent qu'il évoque devant lui certains procès et accorde de nouveaux writs. Dans ce dernier cas, il agit au nom de ce que l'on a appelé dans l'histoire du droit français la justice retenue du roi. Cela ressort notamment du fait qu'à l'origine les plaintes étaient adressées au roi et examinées en séance du conseil du roi. Ce n'est que, peu à peu, que ce travail fut assuré par un seul membre du conseil : le chancelier (1).

Par suite, ce n'est point, vraisemblablement, dans sa qualité de fonctionnaire administratif de l'ordre judiciaire que le chancelier trouve l'autorité voulue pour agir dans le sens de l'Equity, mais bien plutôt, sans doute, dans celle de haute personnalité ecclésiastique et politique, membre du conseil, investi de la confiance royale. Une page de Stephen est particulièrement suggestive à cet égard (2). « Le chancelier... avait toutes les traditions de l'homme d'Eglise, avec toute la science du monde de l'homme d'Etat. En outre, il brandissait non seulement le Glaive de l'Eglise, mais le Glaive du Roi, que beaucoup de délinquants endurcis redoutaient davantage... Ce fameux writ de Chancellerie *sub pœna* est, évidemment, une chose très différente du writ original de la Common Law ; en effet, il ne nomme pas d'infraction déterminée et ne peut être critiqué comme non conforme aux précédents. Si l'accusé refusait d'obéir, le chancelier émettait une « commission de rébellion » pour le faire arrêter et faire séquestrer ses biens jusqu'à ce qu'il se présentât. C'était donc une procédure particulièrement redoutable ».

En définitive, donc, le rôle du chancelier, à l'origine de l'equity, peut s'expliquer tout autant et

(1) FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 4.

(2) STEPHEN, *op. cit.*, p. 56.

tout aussi bien, semble-t-il, par son autorité politique que par sa qualité de haut magistrat judiciaire. De toute manière, une conclusion est certaine : étant donnée la forte confusion des pouvoirs régnants à l'époque, on ne peut affirmer sans arbitraire que c'est strictement grâce à sa fonction d'auxiliaire direct de la justice que le chancelier a pu créer et promouvoir l'équité. L'évolution ultérieure de cette dernière ne change rien à cela.

Dès lors, une conclusion commune peut réunir notre étude du droit prétorien à Rome et de l'équité anglaise. Dans les deux cas, il y a pseudo-législation, c'est-à-dire que la modification du droit et son adaptation à des conditions nouvelles sont assurées par des autorités qui ne sont pas législatrices par origine et par nature, mais auxquelles des circonstances d'ordre politique ou autre ont dévolu cette mission.

Mais rien ne prouve que ces autorités, aussi politiques que judiciaires, aient puisé les pouvoirs nécessaires à une pareille mission plutôt dans le rôle judiciaire qu'elles ont joué, qui la leur a indiscutablement facilitée et, peut-être, simplement facilitée, que dans leur importance politique.

CHAPITRE II

LA DOCTRINE DE DROIT DES GENS

SECTION PREMIÈRE

LE TRIBUNAL EN EQUITÉ CONÇU COMME COMPLÉMENTAIRE DE L'INSTANCE JUDICIAIRE NORMALE

Sous ce titre, c'est la conception présentée par André Decencière-Ferrandière qui sera étudiée (1). Nous procéderons, tout d'abord, à un exposé descriptif de cette dernière avant d'en venir à son examen critique.

Il convient de préciser les prémisses dont est parti le professeur à la Faculté de Droit de Poitiers avant d'indiquer les rouages qu'il prévoit et d'examiner, en troisième lieu, les conditions de fonctionnement de ces organismes.

Une idée est essentielle pour la compréhension de l'ensemble des opinions d'André Decencière-Ferrandière, car elle est le point de départ des vives critiques qu'il a dirigées contre la doctrine dominante du droit des gens en même temps qu'elle explique ce qu'il y a d'original dans sa construction particulière relative au problème qui nous occupe. Pour lui, c'est d'une manière purement arbitraire que l'on part des enseignements qui peuvent résulter de l'institution juridiction-

(1) Voir : « *Quelques réflexions touchant le règlement des conflits internationaux* », *R. G. D. I. P.*, 1929, p. 416 et suiv. — Le projet du Président Wilson sur la Société des Nations prévoyait une double instance de la même nature que celle étudiée au texte. (Voir, sur ce point, GEORGES SCELLE : « *L'Elaboration du Pacte* » dans *les origines et l'œuvre de la S. D. N.*, tome I^{er}, p. 110 et suivantes.)

nelle interne pour analyser les progrès de l'organisation judiciaire internationale et en prévoir et diriger, si possible, l'évolution éventuelle. Les rapports internationaux seraient d'une autre nature que les rapports de l'ordre interne et les similitudes que l'on peut trouver dans leur règlement respectif seraient le fait de simples coïncidences et non la conséquence d'une technique juridique commune. Elles ne permettraient pas d'inférer que l'organisation de la justice internationale doit être modelée, fût-ce dans ses grandes lignes, sur celle de la justice interne.

S'attachant plus particulièrement à l'équité, André Decencière-Ferrandière la définit comme étant « la réalisation de la justice dans un cas d'espèce » (1). Toute sentence, précise l'auteur, doit s'efforcer de tenir compte des considérations de l'équité et de celles du droit (2). La question devient alors celle de savoir si une même et unique décision peut satisfaire à cette double exigence.

En droit interne, il peut en être ainsi. Il semble que, de l'avis de l'auteur, et encore que sur ce point sa pensée soit plus implicite qu'explicite, les législations modernes, plus complètes et plus aisément modifiables que le droit international (3), réaliseraient, mieux que ce dernier, les aspirations de la justice. Mais, en droit des gens, l'écart entre les règles de droit et l'équité serait tel qu'une solution unique apparaîtrait toujours comme sacrifiant l'un des deux à l'autre et non comme assurant leur synthèse pourtant nécessaire. Dès lors, il n'y avait plus d'autre issue possible que de prévoir deux décisions, l'une en droit, l'autre en équité. C'est à cette conclusion qu'en arrive André Decencière-Ferrandière (4).

Partant de cette dualité de décisions, l'auteur, poussant plus loin l'analyse, en arrive à affirmer la nécessité de la dualité des institutions. En effet,

(1) *Idem*, p. 432.

(2) *Idem*, p. 433.

(3) D'autant plus que, pour André Decencière-Ferrandière, il ne peut y avoir, en droit international, d'effort créateur de règles de la part du juge.

(4) *Idem*, p. 438.

si les juristes lui paraissent qualifiés pour donner la solution de droit, il craint leur « véritable déformation professionnelle » qui tend à leur faire croire que certains principes de droit sont trop essentiels pour pouvoir être écartés dans une hypothèse déterminée.

André Decendière-Ferrandière prévoit ainsi la création d'une sorte de tribunal politique, si l'on nous permet l'expression, dont les membres devront être recrutés dans les milieux non juridiques, avoir « une connaissance suffisante des relations internationales » et posséder « le sens développé du juste et de l'injuste, qui existe naturellement chez tous les hommes de bien » (1).

En définitive, et sans donner d'indications plus détaillées, l'auteur prévoit deux organes, l'un judiciaire et déjà existant, l'autre politique, dont nous devons examiner maintenant le fonctionnement. Il suffit, pour cela, de retracer la procédure qui serait celle que connaîtrait, dans le système ainsi créé, tout différend international.

Il importe de préciser immédiatement que tous les litiges se trouveraient soumis, en premier lieu, à un règlement juridique, et, ensuite, à un règlement en équité émanant du tribunal politique sans qu'aucune distinction soit faite entre différends juridiques et différends politiques (2). Le règlement juridique serait le règlement judiciaire tel qu'il est normalement entendu. Dans le cas où, la sentence étant rendue, le désaccord des parties subsisterait, le conflit serait, alors, examiné par le tribunal politique.

Ce dernier aurait le pouvoir de suspendre provisoirement la sentence qui prêterait à discussion (3). L'examen du conflit par ce second organisme comprendrait deux phases, l'une de conciliation, l'autre de décision. André Decendière-Ferrandière rétablit donc après le règlement judiciaire cette instance en conciliation qui, dans de nombreuses conventions actuelles d'arbitrage,

(1) *Idem*, p. 438.

(2) *Idem*, p. 430.

(3) *Idem*, p. 443. Suspension qui pourrait être partielle ou totale.

précède celui-ci (1). Il n'est que juste de marquer les pouvoirs dont pourrait disposer ce second tribunal pour assurer la réalisation de ses recommandations : d'une part, il peut donner effet à la sentence qu'il n'a suspendue que provisoirement ; d'autre part, en cas d'échec dans la conciliation, il doit rendre une décision obligatoire pour les parties.

Si la conciliation ne réussit pas, le différend entre alors dans la phase de décision : le tribunal politique déclare la sentence, partiellement ou totalement, obligatoire ou donne une solution nouvelle, ou encore renouvelle la suspension de la sentence, suspension qui n'est, cependant, jamais définitive.

Pour l'auteur, le but essentiel de cette procédure est de pousser aux règlements amiables entre états. C'est là, pour lui, le résultat le plus heureux qui puisse être espéré et l'on en convient sans peine. L'organisation qui vient d'être retracée est la plus apte, d'après Decenièrre-Ferrandière, à provoquer les règlements amiables. Cela lui paraît résulter, d'une part, de la politique des règlements généraux qu'il préconise très vivement et, d'autre part, des moyens de pression dont disposerait le tribunal politique et qui devraient lui permettre, dans la grande majorité des cas, de rendre décisive l'instance en conciliation.

Quelques traits essentiels caractérisent et expliquent, dans une certaine mesure, la procédure qui vient d'être exposée. Il convient de les indiquer avant d'en venir à l'examen critique de la construction qui nous est proposée.

Tout d'abord, on doit insister sur le fait que ce sont tous les conflits qui se trouveraient être soumis à l'instance en équité et, par là, André Decenièrre-Ferrandière évite le redoutable problème de la qualification des différends internationaux que pose leur division en conflits juridiques, et en conflits politiques.

(1) Les efforts de conciliation devront viser à assurer un règlement global des diverses difficultés pendantes entre les Etats en conflit. L'auteur insiste sur l'efficacité des règlements généraux dont l'histoire montre, en effet, comme il l'indique, qu'ils furent les meilleurs. *R. G. D. I. P.*, 1929, p. 441 et suiv.

Par ailleurs, en prévoyant un règlement juridique qui n'est point, nécessairement, la décision définitive du différend, l'auteur reproduit certains précédents du droit des gens relatifs à la solution pacifique des conflits internationaux. André Decencière-Ferrandière lui-même rattache la procédure qu'il préconise à celle des avis consultatifs de la C. P. J. I. (1), du moins telle qu'elle pouvait apparaître avant que soient intervenues, d'une part, la politique de la Cour visant à juridictionnaliser l'avis consultatif, d'autre part, la pratique du Conseil consistant à ne point modifier la décision donnée par la Cour Permanente. Il est, en outre, un exemple récent où deux Etats ont réalisé, à propos d'un différend particulier, un règlement semblable à celui qui vient d'être examiné. Il s'agit de l'affaire dite des emprunts serbes émis en France (2).

En troisième lieu, enfin, la proposition qui nous est faite participe d'un courant traditionnel qui a souvent inspiré les juristes dans leur effort pour promouvoir l'arbitrage obligatoire et qui consiste à amoindrir la portée de l'engagement demandé à l'Etat pour obtenir plus aisément qu'il se lie, en ayant l'espoir que, par le développement même des institutions, les signataires seront pris dans un véritable engrenage qui assurera, d'une manière plus effective et plus large que ces derniers ne l'avaient pensé, leur soumission au droit. C'est là, nous l'avons vu, une politique qui inspire, dans une grande mesure, la théorie traditionnelle du conflit politique et le *memorandum* russe à la Conférence de la Paix de 1899 ; c'est elle aussi qui explique, au moins partiellement, la procédure de l'adhésion avec réserves. Il est légitime de penser que c'est encore elle qui était dans les intentions de certains fondateurs de la S. D. N. C'est vers un but semblable que tend le système d'André Decencière-Ferrandière, et l'auteur ne le cache point. Par le fait que la sentence peut être suspendue et qu'existent, en outre, certaines possibilités de

(1) *Idem*, p. 447.

(2) Voir *Publications de la C. P. J. I.*, série C, n° 16, III, p. 292 et surtout 294.

dénonciation (1), la procédure proposée ne pouvait que faciliter l'adhésion des Etats et provoquerait, si elle était appliquée, un progrès, tout au moins apparent, de l'arbitrage obligatoire. En ce sens, la doctrine du professeur André Decencière-Ferrandière est beaucoup moins révolutionnaire qu'elle ne paraît au premier abord et continue une des plus solides traditions de la politique juridique internationale.

Telle est, dans ses grandes lignes et dans ses caractéristiques essentielles, une procédure internationale éventuelle dont nous devons rechercher, maintenant, l'efficacité probable.

Nous devons indiquer tout de suite que notre examen critique ne portera que sur un point précis de la construction d'André Decencière-Ferrandière et ne concernera que la liaison étroite que prévoit ce dernier entre l'instance juridictionnelle normale et l'instance en équité. D'une part, en effet, c'est là l'aspect par lequel la proposition que nous étudions se distingue parmi d'autres visant à un but semblable et, d'autre part, le principe même de la création d'un tribunal d'équité sera examiné dans la seconde section de ce chapitre, relative à l'instance en équité conçue comme complètement indépendante de l'instance judiciaire habituelle.

Deux avantages militent en faveur de la liaison des deux instances. En premier lieu, l'auteur évite ainsi le problème de la qualification de juridique ou de politique des différends internationaux dont nous avons, déjà, laissé entendre qu'il semblait bien être un des plus difficiles et des plus importants qui soient parmi ceux que soulève l'organisation de la justice internationale. De plus, la procédure qui nous est proposée correspond, en certaines occasions, aux besoins de la pratique internationale. Les affaires récentes des zones franches et, surtout, des emprunts serbes émis en France le prouvent surabondamment. Les Etats ont, parfois, recours à une sentence, non pour l'appliquer, mais pour l'utiliser comme monnaie d'échange dans

(1) *R. G. D. I. P.*, 1929, p. 447.

l'établissement d'un règlement nouveau relatif à la matière qu'ils se trouvent avoir ainsi soumis au juge à titre simplement indicatif. La construction d'André Decencière-Ferrandière facilite indiscutablement cette pratique.

Il convient de préciser la portée exacte de ces avantages et de rechercher à quel prix ils sont obtenus.

La construction proposée rencontre certains besoins de la pratique. A première vue, il peut paraître très utile de mettre à la disposition des Etats des procédures qui ont quelque correspondance avec les exigences de la vie internationale. Une grande partie de l'œuvre des Conférences de la paix de La Haye repose sur cette affirmation que mettre à la disposition des gouvernements des moyens de solution qui ne s'imposent point à eux, mais qui s'offrent à eux, constitue un progrès sérieux. Cela a pu être vrai, mais, dans l'état de développement actuel des diverses institutions internationales, l'argument semble avoir perdu toute son autorité. Désormais, il paraît bien que le dilemme suivant traduise la réalité des choses : ou bien les Etats désirent un arrangement amiable et arrivent, alors, à un accord ; ou bien l'un d'eux ou les deux y sont opposés et l'existence de procédures possibles n'empêche pas le désaccord de se perpétuer avec ses conséquences. Les précédents qui ont été cités ci-dessus témoignent en ce sens. Il y a donc là un avantage qui n'est qu'apparent.

La solution que proposait André Decencière-Ferrandière évite, avons-nous dit, le problème de la qualification. C'est là un avantage qui est payé très cher. Pour l'obtenir, en effet, l'auteur soumet tous les différends à une instance en équité consécutive à l'instance judiciaire normale. C'est ruiner toutes les garanties de sécurité et d'ordre qu'offre l'existence du droit international et qui sont sa justification primordiale. La vérité n'est certainement ni dans le maintien constant de toutes les règles existantes ni dans la remise en question systématique et permanente de l'ensemble du droit international. C'est à cette seconde attitude que conduit la construction que préconisait André Decencière-Ferrandière, car la perspective, qui ne

doit point être exclue, de voir le tribunal d'équité confirmer, à l'occasion, la sentence préalablement rendue, ne pourrait qu'atténuer bien faiblement le trouble qui aurait été jeté dans toutes les relations internationales. L'existence de conflits juridiques et politiques a, au moins, l'avantage de créer une zone, d'ailleurs variable, de stabilité et de sécurité dans l'ensemble du droit des gens. Quelles que soient les difficultés du problème de la qualification des différends internationaux, elles ne sont point telles que nous en achetions la solution au prix d'une insécurité et d'une anarchie généralisées des diverses relations interétatiques.

Ainsi, par la liaison étroite qu'elle prévoit entre les deux instances qu'elle crée, partiellement, l'une judiciaire, l'autre en équité, la procédure que nous avons examinée s'avère comme devant être plus néfaste qu'utile.

Il nous reste à réunir les divers éléments pouvant nous permettre de nous prononcer sur le principe même de la création d'une instance et d'une juridiction de jugement en équité. Ce sera l'objet de notre seconde section.

SECTION DEUXIÈME

LE TRIBUNAL EN EQUITÉ CONÇU COMME INDEPENDANT DE L'INSTANCE JUDICIAIRE NORMALE

D'assez nombreuses propositions (1) ont été faites qui émanent de divers auteurs de droit international et qui tendent à la création d'un Tribunal en Equité conçu comme entièrement indépendant de l'instance judiciaire normale. C'est à l'étude de ces constructions doctrinales qu'est consacrée cette section qui comprendra un exposé descriptif préalable à un examen critique des solutions présentées.

Au cours de ce premier exposé nous précisons, d'abord, les deux tendances de la pensée juridique qui ont inspiré les publicistes sur le point qui nous occupe et nous dégagerons, ensuite, les grandes lignes d'une sorte de Tribunal d'Equité type tel que le conçoivent ces divers auteurs.

Un premier courant, d'origine anglo-saxonne, a conduit certains juristes à concevoir l'existence, en droit des gens, d'un Tribunal en Equité à la suite d'un parallèle qu'ils firent entre l'ordre international et l'ordre interne tel qu'il avait évolué en Angleterre. L'action du chancelier et des

(1) On cite fréquemment comme étant une des premières en date une proposition de M. POLITIS (*R. G. D. I. P.*, 1910, p. 136). L'auteur préconise, dans cette étude, une simple liste de médiateurs (*idem*, p. 161) formée de hautes personnalités et sur le modèle de la liste que constitue la Cour Permanente d'Arbitrage. C'est parce que ce projet se rattache directement et entièrement aux Conférences de La Haye et non au développement institutionnel actuel de la société internationale que nous n'en avons point fait un examen détaillé dans cette section.

Cours d'Équité leur apparut, fort légitimement d'ailleurs, comme ayant assuré, dans des conditions parfois difficiles, un progrès effectif du droit et son adaptation nécessaire à des circonstances nouvelles. Ils étaient convaincus que la société internationale retrouvait tout au long de son évolution les étapes qu'avaient parcourues les sociétés internes et, par suite, que les maux de l'une étaient de la même nature que ceux que l'autre avait connus. De la similitude des maux ils concluaient à une similitude efficace des remèdes.

Un second courant, beaucoup plus récent que le précédent, a conduit d'autres auteurs à concevoir la création de ce nouvel organisme international que serait le Tribunal d'Équité en raison de la carence actuelle des institutions ou de certaines institutions de droit des gens et de la crise présente du droit international. Cette tendance explique l'importance qui est accordée aujourd'hui, dans toute une fraction de la littérature du droit international, au problème qui nous occupe.

Le premier courant, courant traditionnel, a inspiré notamment les propositions de William Ladd (1) ; le second, courant moderne, celles du Président de La Barra (2), et, semble-t-il, celles du professeur Karl Strupp (3). Certaines conceptions, enfin, participent de l'un et de l'autre : c'est le cas, par exemple, de celles que préconise le New Commonwealth Institute (4).

Quelles que soient la diversité de leurs origines et celle de leurs auteurs, ces constructions multiples permettent, cependant, de dégager, du point de vue de la technique juridique, une conception type du Tribunal d'Équité qu'il nous appartient, maintenant, de caractériser au triple point de vue des conflits qu'il aurait à trancher, des juges qui

(1) SCHWARZENBERGER. — *William Ladd : an examination of an American proposal for an International Equity Tribunal*. Publications du N. C. I.

(2) Voir : *Séances et Travaux de l'Union Juridique Internationale*, Dixième Session, juin 1935. Les Editions Internationales.

(3) KARL STRUPP. — *Legal Machinery for Peaceful Change*. Préface du professeur GEORGES SCHELLE. Publications du N. C. I.

(4) En dehors des monographies spéciales, voir la brochure anonyme : *The Functions of an International Equity Tribunal*.

le composeraient et enfin des moyens qui seraient mis à sa disposition pour assurer l'effectivité de ses décisions.

Le Tribunal en Equité aurait à s'occuper des différends à propos desquels les parties ne se contestent point réciproquement un droit. On aura reconnu là la formule par laquelle se définit le conflit politique entendu selon la conception rationnelle (1).

Les membres de cet organisme seraient choisis parmi les personnalités présentant de sérieuses garanties d'impartialité et ayant une compétence reconnue en matière de relations internationales. Leur nationalité devrait être étrangère à leur choix qui, dans la quasi-unanimité des projets récents, reposerait sur un vote de l'Assemblée et du Conseil de la S. D. N. (2).

Les diverses solutions préconisées divergent sur les moyens d'action qui devraient être mis à la disposition de ce tribunal. La solution de William Ladd est que l'exécution des décisions devrait être laissée à la pression de l'opinion publique « la reine du monde » (3). Dans le même sens, le Président de La Barra parle de « la grande valeur morale » des opinions qu'émettrait le Grand Conseil, dont il propose la création (4). Le New Commonwealth Institute, beaucoup plus progressif, prévoit la constitution d'une force armée internationale dont userait éventuellement le Tribunal d'Equité pour assurer le respect de ces décisions (5). Création d'un Tribunal d'Equité et d'une

(1) SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 66. — STRUPP : *Legal Machinery for Peaceful change*, p. 46 et 51. — Le Président de LA BARRA précise, dans l'article premier de son projet : « Un Grand Conseil sera créé, auquel pourront être soumises, par le Conseil ou par l'Assemblée de la Société des Nations, les questions qui n'auront pas reçu une solution adéquate par l'application des dispositions du Pacte. » (*Séances et Travaux de l'Union Juridique Internationale*, Dixième Session, p. 157). — *The Functions of an International Equity Tribunal*, p. 5.

(2) SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 67. — STRUPP : *Legal Machinery for Peaceful Change*, p. 51 et 53. — Article 3 du projet du Président de LA BARRA. — *The Functions of an International Equity Tribunal*, p. 5.

(3) SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 74.

(4) *Séances et Travaux de l'Union Juridique Internationale*, Dixième Session, p. 157.

(5) *The Functions of an International Equity Tribunal*, p. 11.

armée internationale sont les deux thèmes de propagande de cette association.

Telles sont, d'une part, les tendances qui ont amené divers auteurs à concevoir l'existence d'un Tribunal d'Équité et, d'autre part, les caractéristiques générales que présenterait ce nouvel organisme. Il convient d'en venir, maintenant, à l'examen critique de ces propositions.

Il portera sur un point précis et nous amènera à rechercher dans quelle mesure le Tribunal d'Équité constitue un remède efficace à la crise actuelle du droit des gens et de ses institutions (1). C'est là, en effet, le but que poursuivent les projets récents et qui explique que, en définitive, la création d'un Tribunal d'Équité implique, en elle-même et par elle-même, toute une conception de la crise présente du droit des gens.

Ou bien la crise actuelle est de nature et d'origine institutionnelle et est due, par exemple, à la mauvaise rédaction du Pacte de la Société des Nations, c'est-à-dire aux règles qui régissent ou devraient régir, d'après les textes mêmes, l'activité du Conseil et de l'Assemblée. Dans ce cas, on peut légitimement juger utile de prévoir et de promouvoir une institution nouvelle qui, bénéficiant de l'expérience acquise, éviterait les errements passés.

Ou bien la crise du droit international n'est point due aux institutions elles-mêmes mais à ceux qui sont chargés de les animer. Elle n'est point le fait des règles prévues pour diriger l'activité de ces dernières, mais de l'application amoindrisse et minimisante qu'en ont fait et qu'en font leurs membres, c'est-à-dire les représentants des diverses puissances. Dans cette hypothèse, toute institution nouvelle ne pourra qu'enregistrer la même insuffisance et qu'aboutir à la même impuissance que celles qui l'auront précédée.

La question que pose, envisagé sous cet angle

(1) C'est dans la conclusion de notre troisième partie que nous rechercherons si la doctrine a utilisé toujours avec exactitude le précédent du chancelier anglais. C'est là, en effet, que nous confronterons les enseignements de la doctrine et ceux du droit positif interne ; or, dans l'examen de ce dernier, nous avons étudié le rôle joué par le chancelier anglais.

précis, le problème de la crise du droit des gens peut légitimement prétendre bénéficier d'une réponse claire et réalisant l'unanimité de la doctrine.

La crise du droit international ne s'explique pas par la médiocrité des institutions existantes, dont on n'a point épuisé toutes les possibilités, mais par la politique et les pratiques qui furent celles des représentants des diverses puissances à l'intérieur même de ces organismes.

C'est ce qu'affirme M. A. de La Pradelle lorsqu'il déclare (1) : « ... une institution ne vit que par l'esprit de son but : il faut que ceux qui sont destinés à en assurer le fonctionnement en soient pénétrés jusqu'au fond d'eux-mêmes. Si la S. D. N. n'a pas donné ce qu'on pouvait en attendre, c'est parce que dans ses organes n'est pas entré le souffle qui devait les animer... »

C'est encore l'opinion de M. Le Fur lorsqu'il précise (2) : « ... A mon avis, il y a lieu d'insister sur ce fait qu'il y a ici beaucoup plus une question de mœurs politiques et donc de morale sociale que de droit au sens de technique juridique. Il ne peut y avoir de société des nations viable aussi longtemps que triomphent chez les peuples des philosophies politiques dont le sens est de les replier sur eux-mêmes, de présenter comme un idéal un nationalisme exclusif, à base d'égoïsme national souvent mal compris... »

C'est aussi l'avis de M. Georges Scelle (3), lorsqu'il indique, parlant des divers gouvernements réunis à Genève : « Ils ont toujours envisagé de se servir des institutions de Genève dans des buts nationaux, — souvent d'ailleurs légitimes, — mais non pas de servir les buts internationaux ou sociétales de la S. D. N. par des sacrifices de l'intérêt national à l'intérêt général de l'Association... Les articles les plus importants du Covenant, notamment les articles X, XI, XIII, XV, XVI, ont reçu une interprétation qui a réduit les obligations juridiques à de simples facultés, situation encore

(1) *R. D. I.*, 1937, premier semestre, p. 467.

(2) *Idem*, p. 474.

(3) *Idem*, p. 487 et 488.

aggravée par l'application du principe de l'unanimité... »

Cette politique de démantèlement des institutions internationales est à ce point inhérente à l'activité de la plupart des Etats, que ces derniers la continuent et la prolongent alors que n'est pas en jeu un de leurs intérêts essentiels et immédiats. C'est ainsi que l'on a pu assister à de multiples efforts, partiellement couronnés de succès, afin de transformer le Secrétariat de la S. D. N. en un simple assemblage de succursales des diverses grandes chancelleries.

Nous nous excuserions de la formule suivante, désormais banale, si elle ne traduisait toujours et avec une exactitude inchangée la réalité internationale : les Etats ne servent pas les institutions du droit des gens, mais tâchent de s'en servir.

Par quel miracle en serait-il différemment, demain, pour un Tribunal d'Equité, organisme politique, et par les litiges dont il aurait à connaître et par les décisions auxquelles il devrait arriver ? Quelle autre issue peut-il y avoir actuellement pour nous que d'enregistrer la carence de tout l'effort institutionnel accompli dans la communauté internationale ou la démission de l'exaspération de certaines politiques nationales et de l'impuissance des autres ?

C'est là le seul choix qui nous soit réellement offert et à propos duquel il appartient à la politique de décider. La simple constatation de ces faits ne s'en impose pas moins à l'observateur comme une vérité d'évidence et la conclusion qu'elle entraîne doit être indiquée.

Cette dernière n'est point autre que l'affirmation de l'inutilité qu'il y aurait à créer un Tribunal d'Equité. L'état actuel des relations internationales place les protagonistes d'un Tribunal d'Equité devant le dilemme suivant : ou bien ce tribunal serait un organisme consultatif et les Etats courront alors le risque de le tolérer, d'autant mieux qu'il ne trouvera guère d'appui auprès d'une opinion publique internationale qui semble s'anémier chaque jour et dont, par ailleurs, on peut aisément tromper de très larges fractions ; ou bien ce tribunal viserait à être le bénéficiaire

d'une force effective de coercition dont il ne pourrait être doté que par les diverses puissances qui, actuellement, se refuseront à cet effort. Dans l'une et l'autre hypothèse, c'est pour lui l'impossibilité d'agir.

En résumé, en raison même de l'origine de la crise du droit international, les remèdes à cette dernière ne résident point dans un renouvellement des institutions qui n'aboutirait qu'à constater le prolongement des maux présents, mais dans un renouvellement de la politique des gouvernants ou, pour le moins, de certains d'entre eux.

Mais, déjà inutile, la création d'un Tribunal d'Équité ou Conseil politique risquerait, en outre, d'être funeste.

Son existence même, en effet, vaudrait comme une explication et comme un témoignage relatifs aux causes de la carence actuelle des organismes internationaux, mais comme une explication fausse et un témoignage inexact.

Son impuissance, qui s'établirait vite, provoquerait de nouvelles déceptions et, par suite, de nouvelles défections.

Sa constitution n'aboutirait qu'à fausser, jusqu'en leurs données essentielles, des problèmes importants et délicats, qu'à voiler des responsabilités qui furent, cependant, dirimantes, et qu'à préparer des désillusions renouvelées à des fidèles auxquels, assez souvent déjà, on a demandé d'espérer vainement.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

LES ELEMENTS NECESSAIRES A TOUTE SOLUTION

Arrivés à ce point de notre étude, nous devons rapprocher les diverses conclusions partielles auxquelles nous avons pu, déjà, parvenir, et essayer d'en dégager les éléments d'une solution au problème que pose la clause de jugement en équité et, plus précisément, celui de la justiciabilité du conflit politique.

Quatre points principaux nous paraissent avoir donné lieu à des remarques importantes que nous croyons utile de rappeler.

La qualification des différends internationaux et la nature des questions qu'implique la notion même de conflit politique exigent de la part de ceux auxquels ils seront soumis une formation et une culture surtout politiques et non point une compétence d'ordre essentiellement juridique.

Les conflits politiques posent des problèmes qui, dans une société plus évoluée que le milieu international, relèveraient du pouvoir législatif, mais nous avons cru devoir conclure que leur soumission à des arbitres constituerait, dans les circonstances actuelles, un essai légitime et souhaitable de politique juridique.

En troisième lieu, l'organisme chargé de trancher les litiges politiques devra disposer d'un pouvoir politique réel et effectif. C'est là, à notre avis, l'enseignement qui se dégage notamment de notre examen des procédures internes. Il résulte, par exemple, de notre étude sur le chancelier anglais que ce dernier jouissait à la fois de pouvoirs judiciaires et politiques. Nul ne fera jamais

la démonstration, au sens rigoureux du terme, de l'existence d'un lien causal entre la création de l'équité par le chancelier et, soit son autorité politique, soit son autorité judiciaire, pour la seule raison que les phénomènes sociaux ne peuvent être reproduits séparés et isolés les uns des autres. Il nous paraît cependant certain que la qualité de haute personnalité ecclésiastique et politique du chancelier fut essentielle dans toute son action en matière d'équité. Il y a plus : dans la mesure même où le chancelier collaborait à l'organisation judiciaire, il ne remplissait pas, pas plus, d'ailleurs, que le préteur romain, les fonctions d'un juge au sens précis qu'a ce mot dans le vocabulaire actuel et qui est celui que nous avons adopté dès notre introduction. Si le juge est celui qui assure le contrôle de la conformité des situations acquises et du droit existant, ce n'est que par un véritable abus de termes que l'on a pu dire, parfois, que l'équité anglaise est un droit d'origine judiciaire ; pour n'être point assimilable au « *Statute Law* », l'équité anglaise n'en est pas moins, par son origine, un droit légal, si l'on nous permet l'expression.

C'est dans sa situation politique que le chancelier trouve la force de créer un droit nouveau et, dans sa qualité de chef de l'administration judiciaire, les moyens quotidiens de le réaliser aisément.

Les conclusions de la logique abstraite rejoignent les leçons de l'expérience : nul n'a réellement la possibilité de modifier le droit existant s'il n'a à sa disposition des pouvoirs politiques effectifs de coercition.

Enfin, en quatrième lieu, nous avons vu que la création d'un nouvel organisme international ne résoudrait pas les difficultés actuelles dont les causes ne résident point dans les institutions du droit des gens.

Telles sont bien, semble-t-il, les conditions d'une bonne justiciabilité des conflits politiques.

Elles nous amènent à rechercher, parmi les organismes existants, l'institution de nature politique qui ait à sa disposition un pouvoir politique effectif et qui, par le nombre restreint de ses membres, soit apte aux solutions particulières.

Le Conseil de la Société des Nations nous paraîtrait répondre, dans une grande mesure, à ces diverses conditions si, actuellement, toute construction en notre matière, par son éloignement inévitable des possibilités présentes de réalisation, ne conduisait à une désespérance dont il ne nous reste qu'à espérer qu'elle n'est que provisoire.

Par la présence des grandes puissances, le Conseil pourrait avoir des moyens réels de pression et de contrainte.

Par sa composition actuelle, il semblerait qu'il doive éloigner, de moins en moins, de lui les moyennes et les petites puissances. Il serait aisé, d'ailleurs, d'apporter sur ce point les modifications que l'on pourrait juger souhaitables.

Par la pratique des comités spéciaux, dont il a déjà su, à l'occasion, s'entourer, le Conseil pourrait aborder, en connaissance de cause, les problèmes d'une technique très spéciale.

Les décisions pourraient être prises à une majorité dépassant la simple majorité relative, étant entendu, par ailleurs, que la proportion fixée devrait se retrouver, à la fois, parmi les grandes puissances ayant un siège permanent et parmi les autres Etats siégeant au Conseil. On pourrait ainsi, semble-t-il, ménager la possibilité d'une décision dont, par ailleurs, on aurait sauvegardé l'exécution dans une très grande mesure.

C'est encore le Conseil qui devrait se prononcer sur la qualification à donner à un conflit international. Nous croyons, en effet, avoir montré, après bien d'autres, que dire qu'un litige est politique ou juridique c'est examiner les problèmes qu'il implique d'un strict point de vue politique et que, par suite, c'est là une mission qui doit être dévolue à un corps politique et non judiciaire. Le Conseil devrait se prononcer, sur ce point, à une majorité sans doute renforcée par rapport à la précédente, mais sans arriver, cependant, soit à la règle de l'unanimité, soit à l'assentiment nécessaire des parties, qui ne pourraient que paralyser toute action.

Telle est la brève esquisse d'une solution qui nous paraîtrait tenir compte des enseignements de la pratique et de la doctrine. Mais, ainsi que l'indique le titre même de cette conclusion, nous visons

beaucoup moins à proposer une solution qu'à restituer aux divers problèmes que nous avons examinés les données qui sont les leurs.

D'une part, les décisions relatives à la qualification des litiges internationaux et aux conflits politiques doivent être le fait d'un corps politique bénéficiant de possibilités réelles de contrainte.

D'autre part, la création d'un organisme international nouveau est, dans l'état actuel des relations internationales, sans utilité, mais non pas sans danger.

Hors de ces limites et du cadre général que constituent ces données, tous les efforts de la politique juridique et de la politique elle-même ne seraient plus que l'art de mal poser les problèmes afin d'essayer de créer l'illusion qu'ils sont résolus.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Nous avons essayé, au cours de ce travail, de préciser toute la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens.

Nous en avons, d'abord, retracé l'histoire. La diversité de cette dernière ne prive pas de toute unité l'évolution de la clause, unité qui permet de définir celle-ci comme offrant toujours au juge, à travers les deux stades qu'elle a connus, des pouvoirs d'amiable compositeur.

Dans un premier stade, la clause de jugement en équité est marquée par le fort empirisme qui domine, alors, l'ensemble des moyens pacifiques de solution des différends internationaux. Dans un second, légèrement postérieur par son apparition au Pacte de la S. D. N., deux procédures essentielles commencent à se dégager de la multiplicité antérieure. L'une, ordinaire, concerne les litiges juridiques et repose sur l'application du droit, L'autre, exceptionnelle, se rapporte aux conflits politiques et est liée au jeu de la clause de jugement en équité. La première suppose l'exercice normal de la fonction judiciaire alors que la seconde est un véritable ersatz de la fonction législative en raison de la notion même de différend politique.

Malgré la nature des problèmes qu'implique ce dernier, on peut considérer que sa soumission à l'arbitrage pour solution constitue une tentative acceptable de politique juridique.

Mais des conditions sont nécessaires pour que cette justiciabilité soit efficace : d'une part, elle doit porter sur le conflit politique lui-même et aussi sur la question préalable de la qualification de juridique ou de politique des différends internationaux ; d'autre part, elle doit être le fait d'un

organisme politique ayant à sa disposition des moyens effectifs de coercition. Par ailleurs, la création d'une institution nouvelle en droit des gens ne résoudrait pas les difficultés actuelles et ne serait pas sans danger.

C'est donc parmi les organismes existants que doit être recherché le plus qualifié pour assurer la solution des problèmes qui résultent de la clause de jugement en équité et de la qualification à donner aux litiges internationaux.

Le Conseil de la S. D. N., se prononçant selon des modalités que nous avons essayé d'esquisser, nous a paru pouvoir être considéré si l'état des relations internationales était autre et si quelque début de réalisation était actuellement possible en notre matière, comme étant le plus apte, du point de vue de la technique juridique, à assurer cette mission.

Cependant, dirigeant nos efforts en conformité avec les possibilités actuelles, nous n'avons point tant cherché à résoudre le problème qui se posait à nous qu'à en poser et préciser, avec exactitude, les diverses données. C'est là, croyons-nous, la tâche la plus urgente en notre matière et celle à laquelle nous ne voudrions point avoir apporté une contribution inutile.

Annexe ⁽¹⁾

Cette annexe répond à un double but : d'une part donner une idée approximativement exacte du nombre des affaires que nous avons examinées et, ainsi, essayer d'accroître l'autorité possible de l'exposé jurisprudentiel de notre première partie, d'autre part ne pas alourdir inutilement cet exposé. L'examen qui va suivre est donc une sorte d'étude complémentaire de la jurisprudence sur la matière qui nous occupe. Il eût alourdi inutilement notre exposé antérieur, s'il y avait été inclus, car, dans chacune des affaires qui vont suivre, même lorsque l'équité n'a pas été sans jouer un certain rôle dans la sentence, il est impossible d'arriver à une conclusion décisive quant à la portée précise, qu'elle soit effective ou simplement possible, de cette influence.

Nous examinerons, tout d'abord, un certain nombre d'affaires à propos desquelles existait une clause de jugement en équité. Ensuite nous aborderons l'étude de quelques litiges à propos desquels une clause de cette nature n'existait pas, mais qui, cependant, ont provoqué des sentences où des allusions, pour le moins, ont été faites à la notion d'équité et à sa portée. En dernier lieu, enfin, nous signalerons quelques affaires contenant une clause de jugement en équité à propos desquelles l'absence de renseignements précis ne nous a pas permis d'arriver à des conclusions cer-

(1) Voir *supra*, p. 17.

taines. Parmi les affaires dont le compromis d'arbitrage contenait une clause de jugement en équité et pour lesquelles nous avons toute l'information désirable, nous distinguerons celles où l'équité n'a pas été, au moins apparemment, sans influence et celles où le juge a rédigé sa sentence comme si la dite clause ne figurait pas dans la convention ou le compromis d'arbitrage. Cette annexe comprendra donc les quatre paragraphes suivants : un premier où seront étudiées les affaires où la clause de jugement en équité a joué ou paraît avoir joué un certain rôle, un second concernant les affaires où la clause semble n'avoir joué aucun rôle, un troisième à propos des affaires ne contenant pas de clause de jugement en équité mais dans lesquelles la sentence finale contient des allusions, pour le moins, à la notion d'équité, enfin un quatrième paragraphe sur les affaires contenant une clause de jugement en équité et pour lesquelles nous n'avons pas trouvé toute l'information nécessaire.

§ I. — *Affaires où la clause de jugement en équité a joué ou paraît avoir joué un certain rôle.*

Les affaires où la clause de jugement en équité a eu, au moins, cette apparence d'influence, et que nous examinerons, sont les affaires : *Davis, Kunhardt, Mazzei*, du chemin de fer de *Lourenço Marques*, des *réclamations norvégiennes contre les Etats-Unis* pour des réquisitions de guerre (*Norwegian Shipping claims*), *Paquet, Perry*.

Dans l'affaire *Davis* (1), la clause de jugement en équité est la clause traditionnelle des arbitrages vénézuéliens de 1903. Les commissaires et, en cas de désaccord, l'arbitre devaient décider des litiges sur la base de l'équité absolue sans égard aux objections d'une nature technique ou aux règles de la législation locale (2).

(1) RALSTON'S report. — *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 402.

(2) *Idem*, pp. 294-295.

Les faits étaient les suivants : des marchandises importées au Venezuela avaient été livrées à une autre personne que le véritable destinataire. L'expéditeur, une compagnie anglaise, imputa l'erreur commise au service des douanes vénézuéliennes et, par suite, présenta une réclamation contre le gouvernement vénézuélien.

L'arbitre Plumley conclut des circonstances que l'erreur était due, non à une faute des services douaniers vénézuéliens, mais à une négligence de la compagnie expéditrice. Il déclara, en conséquence, qu'il était « inéquitable » de réclamer au gouvernement le remboursement total des marchandises puisque ces dernières avaient été perdues entièrement à cause de la négligence de la compagnie réclamante (1). Aucune indemnisation ne fut accordée.

Dans l'affaire *Kunhardt* (2), la clause de jugement en équité est la même que dans l'affaire précédente.

Les faits étaient, ici, les suivants : un contrat avait été signé entre le Ministre des Travaux publics du Venezuela et le sieur Valbuena au sujet de certains travaux d'utilité publique que ce dernier devait effectuer dans le port d'Encontrados. Le sieur Valbuena entreprit les travaux, mais, bientôt, fut remplacé par la société « *Compania Anonima Trasportes en Encontrados* » qui lui fut substituée dans le contrat. Peu après, les sieurs Kunhardt et C^o acquerraient des actions de cette compagnie. Plus tard, alors qu'une partie des travaux avait été accomplie, le gouvernement vénézuélien annula le contrat primitif de concession. Les sieurs Kunhardt et C^o réclamèrent au gouvernement qui avait annulé le contrat une indemnité correspondant à la part d'actions qu'ils détenaient.

L'affaire fut tranchée, au nom de la Commission, par le commissaire Bainbridge. L'argumentation, dans la mesure où elle nous intéresse pour cette étude, ne porte pas sur le caractère licite ou

(1) RALSTON'S report. — *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 405.

(2) *Idem*, p. 63.

illicite de l'annulation du contrat mais sur une question incidente quoique, en fait, essentielle.

Le gouvernement vénézuélien soutint qu'une réclamation quelconque ne pouvait être présentée qu'au nom de la « *Compania Anonima Transportes en Encontrados* » et par les organes légaux de cette société, c'est-à-dire, par son administrateur ou, en cas de dissolution, par son liquidateur.

Le commissaire Bainbridge n'accepta pas cette interprétation et déclara que les sieurs Kunhardt et C^o avaient un « droit équitable » à une part de la propriété sociale, après que les créanciers aient été payés, proportionnelle à la part d'actions qu'ils possédaient (1). Aucune indemnité ne fut accordée, mais parce que, de l'avis du commissaire, la preuve du préjudice subi n'était pas rapportée par les réclamants.

Nous n'avons point introduit cette affaire dans notre premier exposé jurisprudentiel car il n'est point certain que la décision du commissaire Bainbridge résulte de la clause de jugement en équité. On peut concevoir, en effet, que la décision fut restée ce qu'elle a été, et dans son dispositif et aussi dans ses motifs, en l'absence même de cette clause.

Dans l'affaire *Mazzei* (2), la clause de jugement en équité a reçu le même libellé que dans l'affaire *Davis* ci-dessus rappelée.

Il s'agissait, en l'espèce, de la saisie de troupes, saisie qui avait été le fait de troupes vénézuéliennes insurgées. Plus tard, par suite des hasards de la répression, ces troupes tombèrent entre les mains des forces gouvernementales qui, en définitive, s'assurèrent la victoire sur les insurgés. La règle, en cette matière, est ou, tout au moins, était qu'il n'y avait pas responsabilité de l'Etat quand, le dommage ayant été causé par des insurgés, les forces révolutionnaires étaient vaincues et que, de plus, aucun manque de diligence n'était relevé contre le gouvernement régulier.

(1) RALSTON'S report. — *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 67.

(2) *Idem*, p. 693.

L'arbitre Ralston basa sa sentence sur le fait que, quelle qu'ait été l'origine de la réquisition, ce furent les troupes gouvernementales qui en eurent tout le bénéfice. Par suite, il déclara qu'il était équitable que le gouvernement indemnise le réclamant. Il fixa lui-même le montant de l'indemnité.

Dans l'affaire *Paquet* (1), la clause de jugement en équité est encore celle des arbitrages vénézuéliens de 1903.

Dans cette affaire, le réclamant, le sieur Paquet, avait été le bénéficiaire d'un permis d'utilisation d'eau que lui avait accordé le conseil municipal de Caracas. Cette autorisation lui fut, plus tard, retirée. A l'époque de ce retrait, le sieur Paquet avait effectué divers travaux et créé même un véritable service public. Tous ces ouvrages n'avaient plus aucune utilité dès lors qu'était supprimé le permis d'utilisation d'eau.

L'arbitre Filtz (2) déclara que lorsqu'un permis était retiré à quelqu'un qui, à raison même de ce permis, avait entrepris des dépenses et des travaux, à un moment où cette personne était sur le point de recueillir le fruit de son effort et, en outre, dans des conditions telles que ce retrait pouvait avantager d'autres personnes, il était équitable d'indemniser l'ancien bénéficiaire de ce permis.

L'arbitre, en définitive, ne conclut pas à une indemnisation du réclamant parce que le sieur Paquet avait abusé de la permission accordée en privant d'eau, notamment, un hôpital. Il interpréta cet abus comme légitimant le retrait du permis.

L'affaire de la concession du chemin de fer de *Lourenço Marques* (3) réunissait les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et le Portugal. L'article premier du Protocole signé à Berne le 13 juin 1891, article qui contient la clause de jugement en équité relative à l'affaire, est ainsi rédigé (4) : « Le mandat

(1) RALSTON'S report. — *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 267.

(2) *Idem*, p. 269.

(3) LAFONTAINE. — *Pasicrisie Internationale*, p. 397.

(4) *Idem*, p. 398.

« que les trois gouvernements sont convenus de
« confier au tribunal arbitral est de fixer, comme
« il jugera le plus juste, le montant de la compen-
« sation due par le gouvernement portugais aux
« ayants droit des deux autres pays, par suite de
« la rescision de la concession du chemin de fer
« de Lourenço Marques et de la prise de posses-
« sion de ce chemin de fer par le gouvernement
« portugais, et de trancher ainsi le différend exis-
« tant entre les trois gouvernements à cet égard ».

La sentence fut rendue à Berne le 29 mars 1900. Il y est dit, à propos du droit applicable (1) : « Le Tribunal arbitral a pour mandat de fixer le montant de la compensation... « comme il jugera le plus juste ». — Cette clause n'exclut pas, elle implique, au contraire, pour lui l'obligation de déterminer au préalable quelle est la législation qui devra le guider dans la recherche de la solution « juste ». — Plus loin, et en ce qui concerne la nature juridique de la compensation à allouer, il est dit (1) : « Pour fixer d'une manière « juste » le chiffre de la « compensation » à allouer, il importe avant tout d'en établir la nature juridique, autrement dit de déterminer les principes du droit qui doivent présider à son allocation ». Au sujet des principes suivant lesquels l'indemnité devait être fixée, la sentence précise (2) « ... s'il est juste, d'un côté, de restituer à la compagnie concessionnaire, à titre d'indemnité, tous les bénéfices dont elle a été réellement privée par la rescision, il serait, en revanche, contraire à l'équité la plus élémentaire de faire de cette mesure une source d'enrichissement pour elle et de lui attribuer de ce chef les sommes qui sans la rescision eussent profité, non pas à elle, mais à des tiers prêteurs quelconques ». On peut, semble-t-il, se risquer à affirmer que, dans son ensemble, la sentence paraît avoir été donnée par ses auteurs comme étant conforme au droit. — Mais, ainsi que le font ressortir nos citations, la plus grande indé-

(1) LAFONTAINE. — *Pasicrisie Internationale*, p. 399.

(2) *Idem*, p. 406.

cision règne quant au rôle précis à attribuer à la clause de jugement en équité.

Il convient de citer, dans le même sens, l'affaire des réclamations norvégiennes contre les Etats-Unis pour des réquisitions de guerre, affaire dite des *Norwegian Shipping Claims* (1).

La clause de jugement en équité concernant cette affaire figure dans la convention du 30 juin 1921 (2), par laquelle les réclamations norvégiennes furent soumises pour décision à la Cour Permanente d'Arbitrage. Il est dit, dans l'article premier de cette convention, que le Tribunal devra étudier et trancher les réclamations qui lui seront soumises selon les principes du droit et de l'équité.

Les faits, en l'espèce, étaient les suivants : les 3 et 4 août 1917, à l'occasion de la dernière grande guerre, le gouvernement des Etats-Unis de l'Amérique du Nord envoyait un ordre de réquisition à toutes les compagnies de constructions navales du pays. — Or, la guerre européenne avait amené de nombreux ressortissants norvégiens à s'adresser à des compagnies américaines pour la construction des navires. — Du fait de la réquisition ils subirent un préjudice. C'est à propos de l'indemnité due pour ce préjudice que s'opposèrent les Etats-Unis et la Norvège.

La sentence fut rendue à La Haye le 13 octobre 1922 sous la présidence de Mr. James Vallotton. Le dispositif de la sentence ne fut pas influencé par la clause de jugement en équité en ce sens qu'il était, tout au moins dans l'esprit du Tribunal, conforme au droit international. — Cependant, le Tribunal examina l'interprétation qu'il convenait de donner à la clause. Il examina les problèmes que posait la clause par rapport au droit interne des parties et par rapport au droit international. Il convient de retracer cette double analyse.

(1) COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE. — *Proceedings of Tribunal of Arbitration convened at the Hague under the provisions of the special agreement between the United States of America and Norway.*

(2) *Idem*, p. 6.

Le Tribunal eut à procéder au premier de ces examens parce que les Etats-Unis soutenaient que l'affaire devait être tranchée, du moins sur certains points, par l'application du droit interne américain. A ce sujet, le Tribunal constata tout d'abord que les mots « law and equity » ne pouvaient être entendus dans le sens qu'ils avaient traditionnellement dans la jurisprudence anglo-saxonne. Il notait ensuite que, pour la majorité des juristes de droit international, ces mots visaient les principes généraux de justice, distincts de tout système de droit interne, qu'il soit législatif ou jurisprudentiel. Il indiquait alors qu'il était tenu par le droit interne des parties dans la mesure où ce droit était conforme aux principes de justice qui sont communs aux nations civilisées ou dans la mesure où il ne désavantageait pas préalablement une des parties (1). — Il précisait, plus loin, qu'il examinerait si la législation des Etats-Unis sur la matière du litige était conforme à cette égalité nécessaire des parties, aux traités signés par les Etats-Unis ou aux principes bien établis de droit international et notamment à la coutume internationale et à la pratique judiciaire des autres Cours internationales (2). — Il devait, sur ce point, conclure positivement.

Dans le second examen, portant sur le rôle de l'équité par rapport au droit international, le Tribunal semble avoir eu une tendance à assimiler la clause de jugement selon les principes du droit et de l'équité à la clause de jugement selon les principes du droit (3).

Pour l'interprétation même de cette clause de jugement selon les principes du droit, on doit supposer que le Tribunal se rallia à l'opinion du D^r Lammasch puisqu'il la cite sans aucun commentaire. Suivant cette opinion, l'indication, selon laquelle un différend international doit être tranché sur la base du respect du droit, doit s'entendre

(1) COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE. — *Proceedings of Tribunal of Arbitration convened at the Hague under the provisions of the special agreement between the United States of America and Norway*, p. 141.

(2) *Idem*, p. 142.

(3) *Idem*, p. 140.

comme signifiant que, dans le cas de lacunes du droit positif, l'arbitre devra juger en équité, *ex æquo et bono* (1).

De l'ensemble de l'interprétation ressort donc une indécision ou au moins une imprécision certaine. On ne peut guère dégager, en effet, que l'idée d'un rôle normal de l'équité qui, même en l'absence d'une clause explicite de renvoi, doit servir à combler les lacunes du droit positif.

M. Habicht croit pouvoir insister (2) sur le fait que, dans cette affaire, le Tribunal en arrive en conclusion « à écarter le droit positif interne dans les cas où il est contraire aux principes généraux de la justice ». Il est exact que le Tribunal donne un avis en ce sens. Mais, ainsi que nous l'avons rappelé, il déclare, quelques lignes après, qu'il va examiner si la législation américaine est conforme, sur le point du litige, au droit international et notamment à la coutume et à la jurisprudence internationales. Il conclut d'ailleurs, comme nous l'indiquions plus haut, à une conformité avec le droit international (international law).

Par suite, et en ce qui concerne un rôle exceptionnel de l'équité, on ne peut donc qu'indiquer que le Tribunal n'exclut ni n'affirme la possibilité d'un jugement contraire au droit international parce que basé sur une clause de jugement en équité. — C'est ce qui explique que nous n'ayons point jugé correct de faire figurer cette affaire dans l'exposé jurisprudentiel de notre première partie.

L'affaire *Perry* (3) peut être citée dans le même sens que l'affaire précédente. — La clause du jugement en équité la concernant figure dans l'article premier de la Convention d'arbitrage du 28 juin 1926 (4), qui précise que les litiges soumis

(1) COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE. — *Proceedings of Tribunal of Arbitration convened at the Hague under the provisions of the special agreement between the United States of America and Norway*, p. 141.

(2) HABICHT. — *Cours*, 1934, tome III, p. 342.

(3) Report of BERT L. HUNT, agent for the United States : *American and Panamanian general claims arbitration under the conventions between the United States and Panama of July 28, 1926 and December 17, 1932*, p. 71.

(4) *Idem*, p. 835 et suivantes.

a la juridiction de la Commission créée devront être tranchés conformément aux principes du droit international, de la justice et de l'équité (1).

La connaissance des faits est, ici, sans utilité pour l'analyse que nous avons à donner de la sentence intervenue.

La Commission ne statua pas à l'unanimité, mais le désaccord ne porta pas sur le point qui nous occupe, à propos duquel il semble bien, au contraire, ainsi que nous allons l'établir, qu'il y ait eu accord.

Rappelant la clause de jugement en équité de l'article premier de la Convention, les commissaires de la majorité déclarèrent qu'il n'y avait aucune raison d'examiner si la clause, telle qu'elle était rédigée, impliquait une règle indivisible qui aurait satisfait aux triples exigences du droit international, de la justice et de l'équité, ou si elle signifiait que l'on devait appliquer successivement et dans l'ordre où ils étaient mentionnés, le droit international, la justice et l'équité.

En effet, à leur avis, et c'est cette déclaration qui nous importe, l'une et l'autre constructions devaient amener la Commission à se laisser guider plutôt par de larges conceptions que par d'étroites interprétations (2).

Le commissaire minoritaire déclara, dans son opinion dissidente, que, contrairement à l'avis de ses collègues, aucune indemnité ne lui paraissait devoir être accordée à James Perry. Il concluait qu'il en était ainsi en droit et que si des considérations, relevant de la seule équité, justifiaient une indemnisation, elles ne pouvaient justifier qu'une somme de beaucoup inférieure à celle qu'avait accordée la majorité de la Commission (3).

Le commissaire minoritaire semble donc admettre la possibilité d'un jugement en équité contraire au droit. Par ailleurs, les commissaires de la majorité manifestent clairement une tendance

(1) Le texte dit, en effet : « *in accordance with the principles of international law, justice and equity* ».

(2) Report of HUNT, *op. cit.*, p. 75. — Les expressions employées sont, en effet : « *broad conceptions* » et « *narrow interpretations* ».

(3) *Idem*, p. 82.

semblable. Seul le vague des expressions « larges conceptions » et « étroites interprétations » ne nous permet de parler que de présomption et non de certitude et justifie la présence, dans ce paragraphe, de cette affaire.

§ II. — *Affaires à propos desquelles la clause de jugement en équité ne semble avoir joué aucun rôle.*

Dans cette seconde série d'affaires nous pouvons citer, tout d'abord, divers litiges qui séparaient les *Etats-Unis* et la *Grande-Bretagne* et qui furent soumis à l'arbitrage par une convention du 8 février 1853, l'affaire *Brown*, l'affaire *Hardman* et l'affaire du *Macedonian*.

La clause de jugement en équité de la convention du 8 février 1853 figure à son article premier suivant lequel les commissaires doivent s'engager à examiner chaque affaire impartialement et soigneusement et à la trancher au mieux, selon leur sentiment et selon la justice et l'équité, sans la moindre crainte ou favoritisme (1).

C'est par application de cette convention que furent notamment tranchées, par une sentence de l'arbitre Bates, les affaires suivantes : affaires *Albion* (2), *The Creole* (3), *Enterprize* (4), *Hermosa* (5), *Florida Bonds* (6), *Jones* (7), *Laurent* (8),

(1) *Report of decisions of the Commission of claims under the convention of February, 8, 1853, between the United States and Great Britain transmitted to the Senate by the president of the United States*, p. 9. — Il existe, par ailleurs, sur ces arbitrages, un rapport britannique correspondant, préparé et rédigé par Hornby, qui avait été l'agent de la Grande-Bretagne dans ces affaires. Les références qui suivent renvoient au rapport américain.

(2) *Idem*, p. 381.

(3) *Idem*, p. 242.

(4) *Idem*, p. 236.

(5) *Idem*, p. 239.

(6) *Idem*, p. 297.

(7) *Idem*, p. 119.

(8) *Idem*, p. 158.

Calmont Greaves et C^o (1), *Washington* (2), *Kerford et Jenkin* (3), *Uhde et C^o* (4).

Dans aucune de ces dernières affaires l'arbitre ne fait la moindre allusion à la clause de jugement en équité ci-dessus citée. — Il statue suivant ce qui est ou ce qu'il croit être le droit sans rechercher si sa sentence pouvait être rendue ou non contrairement au droit par application de la clause de jugement en équité. Le fait est d'autant plus notable que les agents des parties eurent l'occasion d'attirer l'attention de l'arbitre sur le passage précité de l'article premier de la convention. — C'est ainsi, en effet, que l'agent américain Thomas s'éleva, dans l'affaire des Florida Bonds, contre l'interprétation de l'équité qu'aurait donnée son collègue britannique. Il expliqua qu'il ne pouvait s'agir d'une « équité légale » qui ne pouvait être invoquée, disait-il, que devant les tribunaux internes des Etats-Unis ; il ne pouvait donc être question, à son avis, que d'une « équité transcendante » qu'il n'était pas au pouvoir d'un tribunal humain d'appliquer. La sentence de l'arbitre ne porte aucune trace de cette argumentation (5).

On peut aussi, dans la même série d'affaires, citer l'affaire Brown (6). Suivant la clause de jugement en équité applicable à l'espèce, il s'agissait de trancher le litige selon « *les principes du droit international, de la justice et de l'équité* » (7).

Les faits étaient les suivants : M^{lle} Brown, ressortissante américaine, avait été nommée directrice de l'école normale de Panama. — Elle avait

(1) *Report of decisions of the Commission of claims under the convention of February, 8, 1853, between the United States and Great Britain transmitted to the Senate by the president of the United States*, p. 349.

(2) *Idem*, p. 184.

(3) *Idem*, p. 366.

(4) *Idem*, p. 451. — Pour certaines de ces affaires on pourra consulter LA PRADELLE et POLITIS : *Recueil des Arbitrages Internationaux*, tome I^{er}, p. 668 et suivantes.

(5) *Idem*, p. 269.

(6) HUNT. — *American and Panamanian General claims arbitration under Conventions of July 28, 1926 and December 17, 1932*, p. 85.

(7) Convention d'arbitrage du 28 juillet 1926, article premier. — *Idem*, p. 835.

été, par la suite, congédiée parce qu'elle avait critiqué une proclamation politique. Elle réclamait une indemnité pour ce renvoi inattendu. La Commission refusa toute indemnité après un examen strictement juridique de la situation. La décision fut basée notamment sur le fait qu'il n'existait entre M^{lle} Brown et le gouvernement de Panama aucun contrat ; en fait, au cours des pourparlers qui avaient préludé à la nomination de M^{lle} Brown comme directrice, il avait été question d'un contrat, mais, en définitive, il n'avait pas été signé.

Cette affaire fournit un exemple typique des sentences où le juge se prononce comme si la clause de jugement en équité ne figurait pas dans la convention d'arbitrage. Dans son commentaire, Bert L. Hunt note ce fait (1). Pour lui, le Tribunal s'est conduit comme une cour de droit interne et la Commission n'a pas semblé penser qu'elle pouvait faire usage des principes de justice et d'équité. Cette décision semblerait prouver, toujours d'après Hunt, que le recours par le Tribunal « aux principes de justice et d'équité » ne doit se produire qu'en l'absence de principes de droit clairement reconnus.

Nous citerons encore, dans le même sens, l'affaire *William Hardman* (2). La clause de jugement en équité demandait au juge de se prononcer selon les principes du droit international et de l'équité (3).

Il résultait des faits que divers biens, appartenant au sieur William Hardman, sujet britannique, avaient été détruits durant la guerre hispano-américaine. Le Tribunal estima qu'il n'y avait pas lieu à accorder l'indemnité demandée par William Hardman parce que la destruction, pour laquelle il demandait un dédommagement, constituait un acte de guerre nécessaire et légitime qui n'entraînait pas, par suite, l'obligation légale de

(1) HUNT. — *American and Panamanian General claims arbitration under Conventions of July 28, 1926 and December 17, 1932*, p. 94.

(2) NIELSEN. — *American and British claims arbitration under the special agreement of August 18, 1910*, p. 495.

(3) Article 7 de la Convention américano-britannique du 18 août 1910.

réparer. Les juges ajoutaient, ensuite, qu'ils recommandaient l'affaire à l'amicale bienveillance du gouvernement des Etats-Unis. — Le Tribunal avait donc, ici aussi, décidé de l'affaire comme si aucune clause de jugement en équité n'avait été inscrite dans la convention d'arbitrage. C'est là une attitude d'autant plus caractéristique que, à l'occasion de leurs plaidoiries respectives, l'agent de la Grande-Bretagne Hurst et l'agent des Etats-Unis Clark s'étaient livrés à une savante controverse sur le rôle que devait jouer l'équité d'après la Convention d'arbitrage et d'après l'intention des parties.

On peut, enfin, mentionner, dans le même sens, l'affaire du *Macedonian* (1). — Il est dit, dans la Convention du 10 novembre 1858, par laquelle le Chili et les Etats-Unis soumettaient le différend à l'arbitrage de S. M. le Roi des Belges, que ce dernier avait « qualité d'arbitre » et devait décider « avec pleins pouvoirs, agissant *ex æquo et bono* » (2).

Ni la sentence elle-même, ni le mémoire anonyme rédigé au Ministère des Affaires étrangères de Belgique, pour faciliter la décision de l'arbitre, ne paraissent avoir été nettement influencés, soit directement, soit indirectement, par cette clause de jugement en équité.

Cependant, dans sa note doctrinale (3), Albéric Rolin semble reconnaître l'influence de la clause de jugement en équité dans le fait que l'arbitre accorda des intérêts au taux de 6 pour 100, taux légal de l'intérêt dans le pays du créancier. — Il écrit, en effet, sur ce point (4) : « On admet presque que universellement que la responsabilité civile « en matière de délit et de quasi-délit est régie « par la loi du lieu où le fait a été accompli ; or, « dans l'espèce, le fait avait été accompli dans le « Pérou où l'intérêt légal était... de 12 pour 100... « en l'absence de principes consacrés par des usages internationaux, l'arbitre n'avait à s'inspirer

(1) LA PRADELLE et POLITIS. — *Recueil des Arbitrages Internationaux*, tome II, p. 182.

(2) *Idem*, p. 190.

(3) *Idem*, p. 205 et suivantes.

(4) *Idem*, pp. 228 et 229.

« que des considérations de justice et d'équité qui
« forment la base solide du droit des gens. Nous
« estimons que, à ce point de vue, la sentence
« arbitrale est parfaitement justifiée ».

Le mémoire anonyme du Ministère des Affaires étrangères de Belgique et la sentence elle-même sont beaucoup plus discrets sur les motifs qui légitimaient un taux d'intérêt de 6 pour 100.

Il est dit, dans le premier (1) : « ... Les Etats-
« Unis soutiennent qu'ils auraient le droit de
« réclamer 12 pour 100, qui est le taux de l'intérêt
« au Chili, parce que si on leur accordait un inté-
« rêt moindre, le Chili profiterait d'un acte
« injuste. Cependant, ils se contentent, comme
« dernière limite, de l'intérêt de 6 pour 100, qui est
« le taux légal dans l'Etat de Massachusetts, Etat
« auquel appartenaient le navire et son capitaine
« Smith, ainsi que les réclamants américains. Je
« ne pense pas que l'arbitre puisse accorder
« moins de 6 pour 100... »

La sentence est, sur ce point, encore plus laconique. Elle accorde des intérêts au taux de 6 pour 100, « considérant que le taux légal de l'intérêt dans l'Etat de Massachusetts, auquel appartenaient le capitaine Smith et les réclamants, est de 6 pour 100... » (2).

Ce bref exposé montre surabondamment l'absence de conclusion, à laquelle on ne peut échapper dans cette affaire, en ce qui concerne une influence quelconque de la clause de jugement en équité figurant dans la convention d'arbitrage.

§ III. — *Affaires à propos desquelles n'existait pas une clause de jugement en équité, mais où la notion d'équité a été pour le moins évoquée.*

Nous pouvons citer, dans ce troisième paragraphe, les affaires *Yuille Shortridge et C^o*, *Jean Maninat* et *l'affaire des prises d'eau de la Meuse*.

(1) LA PRADELLE et POLITIS. — *Recueil des Arbitrages Internationaux*, tome II, p. 201.

(2) *Idem*, p. 205.

L'affaire *Yuille Shortridge et C^o* (1) opposait la Grande-Bretagne et le Portugal et fut soumise à l'arbitrage du Sénat de la ville libre de Hambourg, qui rendit sa sentence le 21 octobre 1861.

La notion d'équité a été évoquée, dans cette sentence, à propos de l'évaluation des dommages-intérêts. Il y est dit, en effet : « ... Bien (2) que d'a-
« près les données actuelles il soit impossible de
« les (*les dommages-intérêts*) évaluer avec une
« rigoureuse précision, l'on a cru ne pas devoir
« différer cette tâche, attendu qu'il sera toujours
« difficile de supputer les conséquences de pro-
« cédures vicieuses et que, en fin de compte,
« même avec des données plus complètes, on sera
« toujours réduit, dans l'évaluation des domma-
« ges-intérêts, à tenir compte des principes de
« l'équité... » Plus loin, la sentence parle de « pré-
« judices (3) directs dont l'équité exige la répa-
« ration ».

L'affaire *Jean Maninat* (4) opposait la France et le Vénézuëla. L'arbitre *Plumley* déclare, dans la sentence qu'il rendit à propos de cette affaire, que la générosité n'est pas l'équité. — Il précise que l'équité n'est ni plus ni moins qu'une application du droit entre les parties (5). — Une conclusion juste (*just conclusion*) ouvre seule, ajoute-t-il, la porte à l'équité. Seuls une incertitude et un léger vague de terminologie nous ont amené à introduire l'examen de l'affaire dans cette annexe et non dans l'exposé jurisprudentiel.

(1) *Idem*, tome II, p. 78. — Le memorandum du 8 mars 1861, qui soumettait l'affaire à l'arbitrage, ne contenait pas une clause de jugement en équité, mais renfermait la curieuse stipulation suivante : § 4 « ... il est entendu que si, au cours du présent arbitrage, il devient nécessaire de procéder au changement des représentants actuellement à Hambourg, aucun des deux gouvernements ne choisira comme agent un homme de loi ». — *Idem*, p. 89.

(2) LAPRADELLE et POLITIS. — *Recueil des arbitrages internationaux*, p. 108.

(3) *Idem*, p. 109.

(4) RALSTON. — *French Venezuelan claims commission*, p. 79.

(5) Le texte anglais est exactement celui-ci : « *Equity exists when exactly the right thing is done between the parties. Neither more nor less than this is equity* ». *Idem*, p. 79.

L'affaire des prises d'eau de la Meuse (1) a opposé, tout récemment, la Belgique et la Hollande. — L'arrêt de la Cour a conclu au rejet de la demande de la Hollande, ainsi qu'au rejet d'une demande reconventionnelle de la Belgique.

Le juge *Hudson*, tout en se ralliant au dispositif de l'arrêt de la Cour, a donné une opinion individuelle qui seule nous intéresse ici directement, puisque c'est dans cette opinion que nous trouvons une construction relative à la notion d'équité.

La construction de Manley Hudson est la suivante : Les Pays-Bas demandent le respect, par la Belgique, d'un traité qu'ils n'ont point, pour leur part, respecté. Or, « un important principe d'équité, dit le juge américain, semblerait être que, « quand deux parties ont assumé une obligation « identique ou réciproque, une partie qui, de « manière continue, n'exécute pas cette obligation, ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non observation analogue de cette « obligation par l'autre partie... »

Ce principe d'équité, ainsi précisé, doit être rattaché non au jugement *ex æquo et bono* du second alinéa de l'article 38 du Statut de la Cour, mais au paragraphe 3 du premier alinéa de l'article 38, paragraphe relatif aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. — Le juge américain précise, en effet, à ce sujet : « ... L'article 38 du Statut prescrit expressément « l'application des « principes généraux de droit « reconnus par les nations civilisées », et plus « d'un Etat, dans son système juridique, fait leur « place aux principes d'équité. La reconnaissance, « par la Cour, de l'équité en tant que partie du « droit international, n'est en aucune manière « restreinte par la faculté spéciale qui lui est conférée « de statuer *ex æquo et bono* » si les parties sont d'accord... »

(1) Nous ne donnons point, à propos de cette affaire, des références précises, car nous n'en avons pris connaissance que sur des exemplaires dactylographiés, les textes officiels émanant du Secrétariat de la C. P. J. I. n'ayant pas encore paru imprimés au moment de l'impression de ce travail.

« ... On doit donc conclure que, selon l'article 38
« du Statut, sinon indépendamment de cet article,
« la Cour a quelque liberté d'examiner les prin-
« cipes d'équité comme une partie du droit inter-
« national qu'elle doit appliquer ».

Appliquant le principe d'équité ci-dessus rappelé, principe entendu, du point de vue technique, comme étant un des principes généraux de droit de l'article 38, Manley Hudson conclut logiquement au rejet de la réclamation hollandaise et au non examen de la demande reconventionnelle belge, et retrouve ainsi, en fait, le dispositif de l'arrêt rendu par la Cour.

L'habileté et l'intérêt, au moins théorique, d'une semblable construction sont indéniables, mais cette dernière reste sans enseignement quant à l'influence possible de la clause de jugement en équité sur la nature même de l'acte juridictionnel.

§ IV. — *Affaires à propos desquelles existe une clause de jugement en équité et pour lesquelles toute la documentation nécessaire n'a pu être rassemblée.*

Ce quatrième paragraphe est constitué d'une série d'affaires que les Etats-Unis et la Grande-Bretagne soumirent à l'arbitrage par le fameux traité du 8 mai 1871, dit traité de Washington.

La clause de jugement en équité figure à l'article 12 du traité, qui déclare que les commissaires devront s'engager à décider des diverses réclamations qui leur seront soumises, impartialement et soigneusement, au mieux de leur jugement et selon la justice et l'équité (1).

Selon la coutume, ces arbitrages semblent avoir donné lieu à deux rapports. Le premier serait le rapport américain ou rapport Hale, le second serait le rapport britannique ou rapport Howard.

(1) MALLOY. — *Treaties, conventions, international acts, protocols and agreements between the United States and other powers 1776-1909*, p. 706.

Le rapport Hale figurerait au tome III des « Foreign Relations » de 1873. — C'est l'indication que donnent Moore (1) et Bernhard Orfield (2). — Or, dans les deux collections des « Foreign Relations » qu'il nous a été possible de consulter, nous n'avons trouvé aucune trace d'un volume III à l'année 1873 qui n'en comprend que deux (3). En outre, nous n'avons trouvé le rapport Hale ni dans un des volumes des « Foreign Relations » ni dans un tirage à part quelconque.

Nous avons, par contre, pu trouver un tirage à part du rapport britannique : « rapport Howard » (4). Or, Howard ne donne, dans ce rapport, que le dispositif des sentences, indiquant qu'une indemnité a été accordée ou refusée et, s'il y a lieu, le montant de cette indemnité.

Cette lacune est d'autant plus regrettable que, Howard s'attardant davantage aux plaidoiries, nous savons que les avocats ont soulevé directement la question de l'interprétation de la clause de jugement en équité de l'article 12, qui est ci-dessus rappelée. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire du « *Hiawatha* » (5) et dans celle du « *Georgia* » (6) il fut affirmé que la clause de l'article 12 faisait de la Commission d'arbitrage autre

(1) Voir : *International arbitrations*, tome I^{er}, p. 692.

(2) Voir : *K. L. J.*, January 1930, p. 116.

(3) La numérotation des pages dans les « *Foreign Relations* » est ininterrompue d'un volume à l'autre. Le tome II de l'année 1873 commence à la page 711. Il n'en est que plus surprenant de voir Orfield renvoyer aux pages 246, 247 du volume III. (Voir : *K. L. J.*, January 1930, p. 116.) Les deux collections des « *Foreign Relations* » que nous avons pu consulter sont celle de l'Ambassade des Etats-Unis à Paris et celle du Palais de la Paix de La Haye.

(4) *Report by Her Majesty's agent of the proceedings and awards of the mixed commission on British and American claims, established under the XII th. Article of the Treaty between Great Britain and the United States of America concluded and signed at Washington, May 8, 1871.* — Ce rapport figurerait parmi les documents parlementaires anglais sous la rubrique suivante : « *Blue Book* » North America, n° 2, 1874.

(5) Rapport Howard, c'est-à-dire rapport précédent, p. 95.

(6) *Idem*, p. 153.

chose qu'une juridiction d'appel et lui permettait d'accorder des indemnités, même si les règles de responsabilité et, plus généralement, les règles du droit en vigueur ne conduisaient pas à cette conclusion. Des argumentations semblables furent présentées à propos de tout un groupe de cette série d'affaires, dénommées « *affaires Matamoros* » (1).

Quoi qu'il en soit, le laconisme avec lequel sont rapportés les seuls dispositifs des sentences dans le seul rapport que nous ayons pu avoir sur ces affaires, ne nous permet pas d'arriver à la plus légère présomption.

(1) *Idem*, p. 105 et suivantes.

Vu : *Le Président de la thèse*,
Georges SCELLE.

Vu : *Le Doyen*,
Edgard ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
A. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne contient ni l'indication des manuels et traités généraux de droit international ni celle des publications courantes de la C. P. J. I. et de la S. D. N. Pour les uns et les autres on trouvera des références particulières en cours de lecture. Les travaux anonymes ou collectifs figurent au rang alphabétique que leur titre leur donne.

BOREL (Eugène). — « L'Acte Général de Genève », Cours, 1929, tome II ; « La compétence du juge international en équité », Annuaire 1934.

BRUNS (V.). — « Voölkerrecht als Rechtsordnung », Zeitschrift für ausl. öfftl. Recht und Voölkerrecht, volume I^{er}, p. 1, et surtout volume III, p. 445.

BUTS ET OBJETS DE LA SOCIÉTÉ ET DE L'INSTITUT DU « NEW COMMONWEALTH ». (Publication du N. C. I.)

CLAIMS COMMISSION BETWEEN GREAT BRITAIN AND MEXICO. — Further Decisions and Opinions of the Commissioners in accordance with the Conventions of November 19, 1926, and December 5, 1930, between Great Britain and the Mexican States (subsequent to february 15, 1930).

DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE. — « Quelques réflexions touchant le règlement des conflits internationaux », R. G. D. I. P., 1929, p. 430 ; « Essai critique sur la Justice Internationale », R. G. D. I. P., 1934, p. 148.

DESSENS (André). — « Essai sur la notion d'équité », thèse Toulouse, 1934.

FELLER (A. H.). — « The Mexican Claims Commission ».

FRIEDMANN (Wolfgang). — « The contribution of English Equity to the idea of an International Equity Tribunal », préface par Sir William Holdsworth. Publication du N. C. I.

FUNCTIONS OF AN INTERNATIONAL EQUITY TRIBUNAL (The). — Publication du N. C. I.

- GALLUS. — « L'Acte Général a-t-il une réelle utilité ? »
R. D. I., 1931, second semestre, p. 377.
- HABICHT (Max). — « Le pouvoir du juge international de statuer *ex æquo et bono* », Cours, 1934, tome III.
- HOSTIE (Jeah). — « Différends justiciables et non justiciables », R. D. I. L. C., 1928, p. 263 et 569.
- HUDSON (Manley). — « La Cour Permanente de Justice Internationale ».
- HUNT (Bert L.). — « American and Panamanian General claims arbitration under conventions of July 28, 1926 and December 17, 1932 ».
- INSTITUT FÜR AUSLANDISCHES OFFENTLICHES RECHT UND VOELKERRECHT. — « Statut et Règlement de la Cour Permanente de Justice Internationale. Éléments d'interprétation ».
- JUSTICE AND EQUITY IN THE INTERNATIONAL SPHERE, par les professeurs Bentwich, de Bustamante, Mclean, Radbruch et Smith. Préface du professeur Harold Temperley.
- LA PRADELLE (De). — « La Justice Internationale », Cours de doctorat, 1932-1933.
- LAUTERPACHT. — « La théorie des différends non justiciables en droit international », Cours, 1930, t. IV ;
« The Function of law in the International Community », 1933.
- LE FUR (Louis). — « Règles générales du droit de la paix », Cours, 1935, tome IV.
- LÉVY-ULLMANN. — « Éléments d'Introduction Générale à l'étude des sciences juridiques. Le système juridique de l'Angleterre ».
- MOUSKELI. — « L'équité en droit international moderne », R. G. D. I. P., 1933, p. 347.
- NIELSEN (Fred K.). — « American and British claims arbitration under the special agreement of August 18, 1910 » ; « International law applied to reclamations » (mainly in cases between the United States and Mexico), 1933 ; « Progress in settlement of International Disputes by Judicial methods », American Bar Association Journal 1930, p. 229.

- ORFIELD (Bernhardt). — « Equity as a Concept of International Law », K. L. J. (novembre 1929, p. 31, et janvier 1930, p. 116).
- PAGE (Henri de). — « A propos du Gouvernement des Juges. L'équité en face du droit », 1931.
- POLITIS (N.). — « La Justice Internationale ».
- PROCEEDINGS OF THE HAGUE PEACE CONFERENCES (The). — Publication de la D. C.
- RALSTON. — « Venezuelan Arbitrations of 1903 » ; « The law and procedure of International Tribunals » ; « International arbitration from Athens to Locarno ».
- RENAULT (Louis). — « Une nouvelle mission donnée aux arbitres dans les litiges internationaux à propos de l'arbitrage de Behring », R. G. D. I. P., 1894, page 44.
- RÉPARATION DES DOMMAGES CAUSÉS AUX ÉTRANGERS PAR DES MOUVEMENTS RÉVOLUTIONNAIRES (La). — Jurisprudence de la Commission Franco-Mexicaine des Réclamations (1924-1932).
- REPORT of decisions of the Commission of claims under the Convention of February 8, 1853, between the United States and Great Britain, transmitted to the Senate by the President of the United States, August 11, 1856.
- REPORT by Her Majesty's agent of the proceedings and awards of the mixed Commission on British and American claims, established under the 12° article of the Treaty between Great Britain and the United States of America, concluded and signed at Washington, May 8, 1871.
- REPORT of the proceedings of the mixed Commission on private claims, established under the Convention between Great Britain and the United States of America of the 8° February 1853 with judgments of the commissioners and umpire compiled from the original by E. Hornby.
- RODEN. — « La compétence de la Cour Permanente. Les observations Kellogg », R. D. I. L. C., 1931, p. 757.
- RÜMELIN (Max). — « Die Billigkeit im Recht ».

- SCELLE (Georges). — « L'affaire de l'Orinoco Steamship Company », R. G. D. I. P., 1911, p. 164 ; « Théorie juridique de la révision des traités », 1936. Publication de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève, 1936.
- SCHINDLER (Dietrich). — « Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la S. D. N. », Cours, 1928, tome V.
- SCHUCKING (Walter). — « Le développement du Pacte de la Société des Nations », Cours, 1927, tome V.
- SCWARZENBERGER (Georg). — « William Ladd : An examination of an american proposal for an international equity tribunal », Préface de James Brown Scott, Publication du N. C. I.
- STEPHEN. — « Commentaries on the Laws of England », 19^e édition, Traduction française, Bibliothèque internationale de droit privé et de droit criminel.
- STRUPP (Karl). — « Le droit du juge international de statuer en équité », Cours, 1930, tome III ; « Das Recht des Internationalen Richters nach Billigkeit zu entscheiden », Traduction allemande du cours précédent augmentée de trois annexes. « Legal machinery for peaceful change », Préface du professeur Georges Scelle, Publications du N. C. I.
- TASHIN. — « No man's land du droit des gens », Thèse, Paris, 1936.
- VERDROSS (Alfred). — « Règles générales du droit international de la Paix », Cours, 1929, tome V.
- VISSCHER (De). — « Justice et médiation internationales », R. D. I. L. C., 1928, p. 33.
- WITENBERG. — « L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales ».

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS

Arbitrations de Moore : HISTORY AND DIGEST OF THE INTERNATIONAL ARBITRATIONS, par Moore.

Annuaire : ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

Cours : RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE.

C. P. J. I. (Publications de la) : PUBLICATIONS DE LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE.

D. C. (Publications de la) : PUBLICATIONS DE LA DOTATION CARNEGIE.

K. L. J. : KENTUCKY LAW JOURNAL.

N. C. I. (Publications du) : PUBLICATIONS DU NEW COMMONWEALTH INSTITUTE.

Recueil La Pradelle et Politis ou La Pradelle et Politis Recueil : RECUEIL DES ARBITRAGES INTERNATIONAUX, MM. La Pradelle et Politis.

Recueil Le Fur et Chklaver : RECUEIL DE TEXTES DE DROIT INTERNATIONAL, publié par MM. Le Fur et Chklaver.

R. D. I. : REVUE DE DROIT INTERNATIONAL.

R. D. I. L. C. : REVUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE LÉGISLATION COMPARÉE.

R. G. D. I. P. : REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

INDEX ⁽¹⁾

alphabétique, analytique et général

	Pages
ABRÉVIATIONS (Explication des).....	205
ACTE GÉNÉRAL D'ARBITRAGE.....	82 et s., 111, 118, 131
ÆBUTIA (Loi).....	143 et s.
<i>Albion</i> (Affaire).....	187
<i>Ambassadeurs</i> (Arbitrage des).....	127
AMIALE COMPOSITION (Pouvoirs d').....	57, 135, 175
ANNEXE.	177
<i>Aroa</i> (Affaires des Mines).....	32
BAINBRIDGE (Commissaire).....	179, 180
BARGE (Surarbitre).....	25, 29
BASDEVANT (M.).....	69, 72, 121
<i>Behring</i> (Arbitrage de la Mer de).....	126
BELGO-SUÉDOIS DU 30 AVRIL 1926 (Traité).....	80 et s.
BIBLIOGRAPHIE.	199 et s.
BOREL (Eugène).....	73, 89
<i>Brignogne</i> (Affaire).....	14
<i>Brown</i> (Affaire).....	187, 188 et s.
BULGARO-TURC DU 6 MARS 1929 (Traité).....	90 et s.
<i>Calmont Greaves et C^o</i> (Affaire).....	186
<i>Cayuga Indian Claims</i> (Affaire des).....	40 et s.
CHANCELIER ANGLAIS.....	148 et s., 170 et 171
CLAUDE DE JUGEMENT EN ÉQUITÉ.	
Evolution de la clause.....	135 et s.
Rédaction de la clause.....	13 et s.

(1) Les chiffres renvoient aux pages. Les diverses affaires examinées ou évoquées figurent en italique.

	Pages
CONFLIT POLITIQUE.	
Conception traditionnelle.....	102 et s.
Conception rationnelle.....	107 et s., 170
Juges naturels du conflit politique.....	121 et s.
Justiciabilité du conflit politique.....	123 et s.
CONSEIL DE LA S. D. N.....	133, 172, 176
COUR DES PRISES (Projet d'une).....	59
CUQ.	147
<i>Davis</i> (Affaire).....	178 et s.
DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE,	109, 125, 155 et s.
DESSENS (M.).....	5 et s.
DROIT PRÉTORIEN.....	143 et s.
DUFFIELD (Arbitre).....	38 et s.
DU PASQUIER (M.).....	141
<i>Eastern Extension Australasia and China Telegraph</i>	
<i>Company Limited</i> (Affaire de l').....	43 et s.
<i>Elderedge</i> (Affaire).....	19 et s.
<i>Emprunts serbes émis en France</i> (Affaire des).....	159
<i>Enterprize</i> (Affaire de l').....	187
EQUITÉ.	
Anglaise (Équité).....	148 et s., 170 et 171
Clause de jugement en équité (Voir).	
Jugement en équité (Voir).	
Notion d'équité (La).....	6 et s.
Rôle de l'équité (Le).....	7
<i>Florida Bonds</i> (Affaire des).....	187
FRIEDMANN (M.).....	150 et s.
FROMAGEOT (M.).....	45, 64
GALLUS.	101, 113
<i>Gentini</i> (Affaire).....	34
GENY (François).....	141
<i>Georgia</i> (Affaire du).....	195
GERMANO-SUISSE DU 3 DÉCEMBRE 1921 (Traité)...	75 et s.
GUTIERREZ-OTERO (Arbitre).....	14, 31
HABICHT (M.).....	16, 71, 92, 142, 185
HALE.	194, 195
<i>Hardmann</i> (Affaire).....	187, 189
<i>Hermosa</i> (Affaire de l').....	187
<i>Hiawatha</i> (Affaire du).....	195
HORNEY.	187, note 1.
HOWARD.	194, 195

	Pages
HUBER (M.).....	66
HUDSON (Manley O.).....	67, 193
HUNT (Bert).....	15, 189
HURST (J. B.).....	44, 130
ITALO-SUISSE DU 20 SEPTEMBRE 1924 (Traité). 78 et s.	118, 130
Jones (Affaire du).....	187
JUGEMENT EN EQUITÉ.....	141 et s.
KELLOGG (M.).....	70
Kerford et Jenkin (Affaire).....	188
Kunhardt (Affaire).....	179 et s.
LA BARRA (Président de).....	164 et s.
LADD (William).....	164 et s.
LA PRADELLE (M. de).....	125, 167
LAMMASCH (D ^r).....	26, 184
Laurent (Affaire).....	187
LAUTERPACHT (M.).....	16, 103, 119, 122
LE FUR (M.).....	7, 125, 142, 167
LÉVY-ULLMANN (M.).....	143
LOGOZ (M.).....	68
Lourenço Marques (Affaire du chemin de fer).	178, 181 et s.
Macedonian (Affaire du).....	187, 190
Maninat (Affaire Jean).....	191, 192
Mariposa (Affaire de la Compagnie).....	53
Matamaros (Affaires dites).....	196
Mazzei (Affaire).....	178, 181 et s.
Mena (Affaire).....	31
Meuse (Affaire des prises d'eau de la)....	191, 193 et s.
MOUSKELI (M.).....	7
NEGULESCO (M.).....	71
NIELSEN (M.).....	40, 43, 45, 61
Norwegian Shipping Claims (Affaire des)..	178, 183 et s.
ORFIELD (M.).....	37, 195
Orinoco Steamship Company (Affaire de).....	23 et s.
Padron (Affaire).....	14, 30
Paquet (Affaire).....	178, 181
Perry (Affaire).....	178, 185 et s.
Pinson (Affaire Georges).....	43
PLUMLEY (Arbitre).....	33, 192
POLITIS (M.).....	57, 65, 86 et s., 113, 163
PRÊTEUR ROMAIN.....	143 et s.

	Pages
<i>Prises d'eau de la Meuse</i> (Affaire des)....	191, 193 et s.
QUALIFICATION DES DIFFÉRENDIS INTERNATIONAUX.	
Son fondement.....	95, 170
Sa justiciabilité.....	117, 175
RALSTON (Arbitre).....	14, 35, 36
RENAULT (Louis).....	60, 127 et s.
ROLIN (Albéric).....	190
ROLIN (Henri).....	95
<i>Rudloff</i> (Affaire).....	28
RÜMELIN (M.).....	5
<i>Sambiaggio</i> (Affaire).....	36, 56
SCELLE (M. Georges).....	8, 99, 125, 155, 167
SCHINDLER (M.).....	8, 99
SCHÜCKING (Walter).....	113
SCHWARZENBERGER (M.).....	164 et s.
STEPHEN,	149 et s.
STRUPP (M. Karl).....	16, 164 et s.
<i>Suez</i> (Affaire de la Compagnie de).....	126
SUISSE (Pouvoirs du juge dans le Code civil).....	140
TABLE DES MATIÈRES.....	211
TASHIN (M.).....	96
<i>The Creole</i> (Affaire du).....	187
TRIBUNAL D'EQUITÉ.	
Complémentaire de l'instance judiciaire.....	155
Indépendant de l'instance judiciaire.....	163
<i>Uhde et C^o</i> (Affaire).....	188
VALLOTTON (James).....	183
<i>Van Dissel et C^o</i> (Affaire).....	38
VATTEL,	104
VERZIJL (M.).....	50 et s.
<i>Washington</i> (Affaire du).....	188
WEISS (M.).....	66
WESTLAKE (John).....	109
WITENBERG (M.).....	16
<i>Yuille Shortridge et C^o</i> (Affaire).....	191, 192
ZIMMERMAN (M.).....	54
<i>Zones Franches</i> (Affaire des).....	68 et s., 159

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Section première. — Méthode adoptée dans cet ouvrage.	Pages 5
Section deuxième. — Plan suivi dans cet ouvrage.	10

PREMIERE PARTIE

<i>Les clauses de jugement en équité dans le droit des gens.</i>	13
--	----

INTRODUCTION DE LA PREMIÈRE PARTIE

<i>Unité des diverses clauses de jugement en équité étudiées.</i>	13
---	----

CHAPITRE PREMIER

<i>La Jurisprudence.</i>	19
Section première. — Affaire Elderedge.	19
Section deuxième. — Affaire de l'Orinoco Steamship Company.	23
Section troisième. — Affaire Rudloff.	28
Section quatrième. — Affaire Padron.	30
Section cinquième. — Affaires des Mines Aroa.	32
Section sixième. — Affaire Gentini.	34
Section septième. — Affaire Sambiaggio.	36
Section huitième. — Affaire Van Dissel et C ^o	38
Section neuvième. — Affaire des Cayuga Indian Claims.	40
Section dixième. — Affaire de l'Eastern Extension Australasia and China Telegraph Company Limited.	43
Section onzième. — Affaire Georges Pinson.	48
Section douzième. — Affaire de la Compagnie Mariposa.	53

	Pages
Section treizième. — Les pouvoirs du juge et la clause de jugement en équité d'après la jurisprudence.	55

CHAPITRE II

<i>Les traités d'arbitrage</i>	59
Section première. — La clause de jugement en équité dans le projet d'une Cour Internationale des Prises du 18 octobre 1907.	59
Section deuxième. — La clause de jugement en équité dans le Statut de la C. P. J. I.	63
§ 1. Sa genèse.	63
§ 2. Son interprétation.	67
§ 3. Conclusion.	73
Section troisième. — La clause de jugement en équité dans le traité germano-suisse du 3 décembre 1921.	75
Section quatrième. — La clause de jugement en équité dans le traité italo-suisse du 20 septembre 1924.	78
Section cinquième. — La clause de jugement en équité dans le traité belgo-suédois du 30 avril 1926.	80
Section sixième. — La clause de jugement en équité dans l'Acte Général de Genève du 26 septembre 1928.	82
§ 1. Economie générale de l'Acte.	82
§ 2. Genèse de la clause de jugement en équité.	86
§ 3. Explication technique de la clause.	88
Section septième. — La clause de jugement en équité dans le traité bulgare-turc du 6 mars 1929.	90
Section huitième. — Le problème que pose la clause de jugement en équité dans les divers traités d'arbitrage.	92

DEUXIEME PARTIE

<i>Le conflit politique</i>	95
---------------------------------------	----

INTRODUCTION DE LA DEUXIÈME PARTIE

<i>Distinction de la qualification et de la justiciabilité des différends internationaux</i>	95
--	----

CHAPITRE PREMIER

	Pages
<i>La notion de conflit politique</i>	99
Section première. — La portée de la distinction des différends juridiques et des différends politiques et la diversité des critères proposés.....	99
Section deuxième. — La conception traditionnelle du conflit politique.....	102
Section troisième. — La conception rationnelle du conflit politique.	107
Section quatrième. — La prétendue absence d'une règle de droit applicable et la notion de conflit politique.	111

CHAPITRE II

<i>La justiciabilité du conflit politique</i>	117
Section première. — La justiciabilité de la qualification des différends internationaux.....	117
Section deuxième. — Le principe de la justiciabilité du conflit politique.....	123
Section troisième. — Les juges naturels du conflit politique.	129

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

<i>L'évolution de la clause de jugement en équité dans l'évolution générale du droit des gens</i>	135
---	-----

TROISIÈME PARTIE

<i>Les enseignements du droit positif interne et de la doctrine de droit des gens</i>	139
---	-----

INTRODUCTION DE LA TROISIÈME PARTIE

<i>Les diverses procédures et les constructions doctrinales à examiner</i>	139
--	-----

CHAPITRE PREMIER

<i>Le droit interne</i>	143
Section première. — Le droit prétorien à Rome....	143
Section deuxième. — L'équité anglaise.....	148

CHAPITRE II

<i>La doctrine de droit des gens</i>	155
--	-----

	Pages
Section première. — Le Tribunal en équité conçu comme complémentaire de l'instance judiciaire normale.	155
Section deuxième. — Le Tribunal en équité conçu comme indépendant de l'instance judiciaire normale.	163
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	
<i>Les éléments nécessaires à toute solution:</i>	170
CONCLUSION GÉNÉRALE.	175
ANNEXE.	177
BIBLIOGRAPHIE.	199
EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS.	205
INDEX.	207
TABLE DES MATIÈRES.	211

SOCIÉTÉ
MÉRIDIONALE D'IMPRESSION
36 R. ROQUELAINE TOULOUSE

SOCIÉTÉ
MÉRIDIONALE D'IMPRESSION
28 R. ROQUELAINE TOULOUSE
